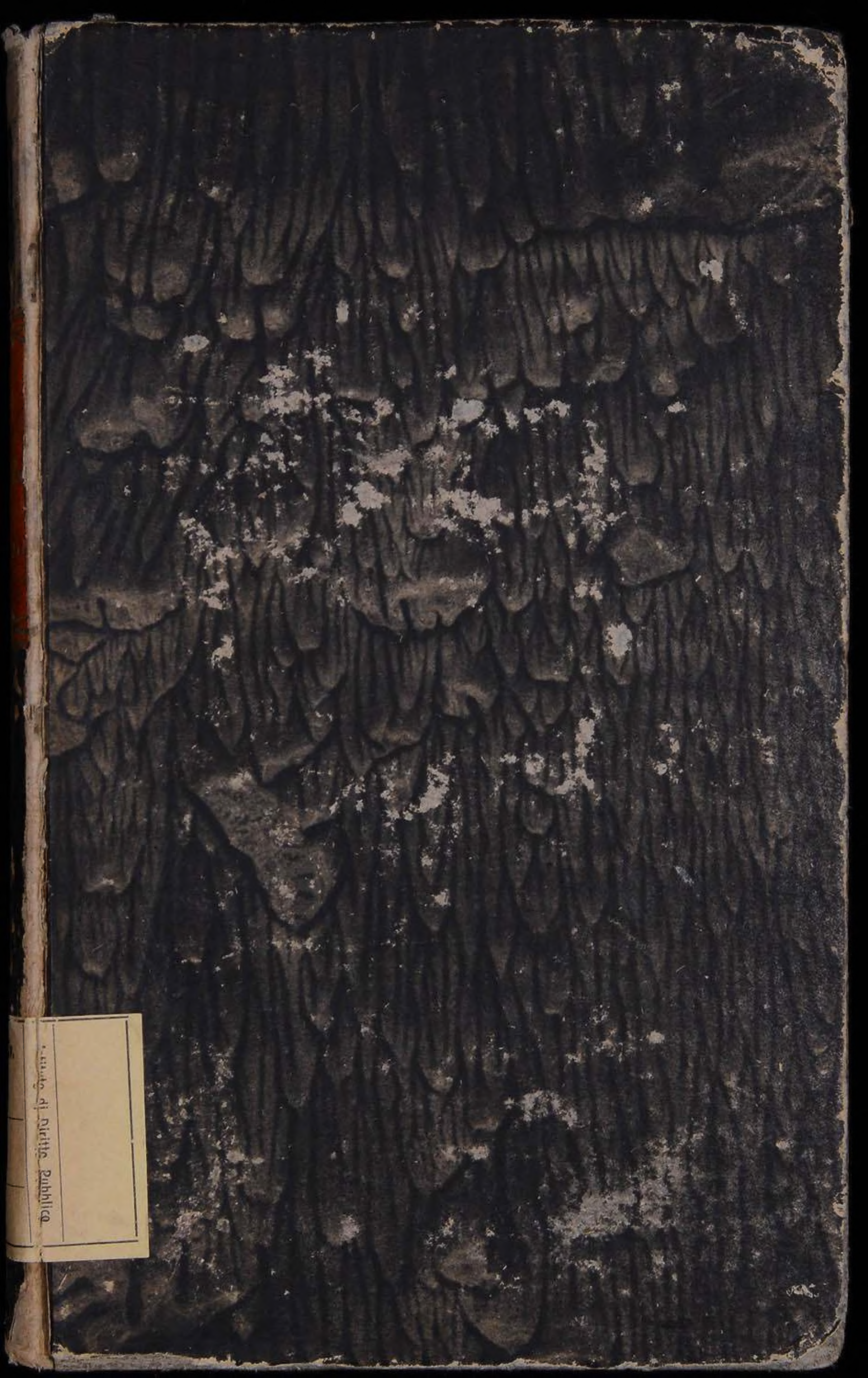


D. Wilh. Aug. Friedrich Danz,
weiland Regierungsraths und Hofgerichts-Assessors
zu Stuttgart

Grundsäze
der
summarischen
Prozesse,

vermehrt und zum Theil umgearbeitet

von

D. Nicol. Thadd. Gönner,
Königl. Bairischen Prokanzler und Professor
zu Landshut.

Dritte Ausgabe.

Stuttgart,
bey Franz Christian Löflund,
1806.

Vorrede.

Aufgemuntert durch den schmeichelhaften Beifall, mit welchem meine Grundsätze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Prozesses aufgenommen worden sind, lege ich hier dem Publikum diejenigen der summarischen Prozesse vor. Ausser den hier ausgeführten giebt es zwar noch manche andere, von dem gewöhnlichen prozessualischen Gange abweichende Prozeßarten, z. B. Lehensprozeß, Prozeß in Bergwerks- Forst- Handels- See- Schiffarts- Handwerkssachen u. s. w.; allein eines Theils gründen sich dieselben zu sehr auf besondere Verfassungen und Einrichtungen, andern Theils sind sie zu wenig wichtig, als daß eine nähere Ausführung derselben in einer allgemeinen Anleitung zum Prozeß eine Stelle finden könnte, und dann wollte ich auch mein Buch um so weniger damit vergrössern, als ein jeder, der die all-

gemeinen Grundsätze des ordentlichen und summarischen Prozesses gut inne hat, und darneben mit der einschlagenden Rechtstheorie vertraut genug bekannt ist, gar leicht sich selbst helfen kann.

Der peinliche- sowohl Anklage-, als Untersuchungs-, als gemischte Prozeß macht freilich, genau genommen, eine eigene, von dem bürgerlichen, ordentlichen und summarischen in wesentlichen Stücken abweichende Prozeßart aus; allein alle meine Vorgänger haben ihn zugleich mit den summarischen Prozessen abgehandelt, diesem Beispiele bin ich gefolget, und hielte es daher für überflüssig seiner auf dem Titel besonders Erwähnung zu thun.

Das Werk des Herrn Professor Dabelows von Halle: Versuch einer ausführlichen systematischen Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. Halle 1792. erhielte ich erst, nachdem der Druck meiner Abhandlung über diese Materie bereits vollendet war, und konnte daher keinen Gebrauch davon machen.

Das Register hat auch dießmal wieder mein Freund, der geschikte Herr Kanzleiadvokat Oster-

tag

tag von hier zu verfertigen die Güte gehabt, wofür ich ihm den gebührenden Dank hiemit öffentlich zolle.

Den Reichsgerichtsprozeß zu erlernen hatte ich durch mehrjährigen Aufenthalt an dem Wohnsize des Kammergerichts gute Gelegenheit, und auch nachher habe ich, theils durch mein Amt, theils durch andere Verhältnisse und praktische Arbeiten veranlaßt, einen beträchtlichen Theil meiner Zeit darauf verwendet: ich bin daher entschlossen, denselben eben so, wie den gemeinen zum Behufe meiner Vorlesungen auszuarbeiten. Von der Muse, die meine Berufsgeschäfte mir übrig lassen, wird die Beschleunigung, oder Verzögerung der Ausführung dieses Vorsazes abhangen.

Oft schon vermißte ich, und gewiß mit mir viele andere eine zwekmäßig ausgesuchte Sammlung kleiner Abhandlungen über prozessualische Gegenstände. Mit vieler Mühe und Kosten habe ich nun eine nicht unbeträchtliche Zahl derselben zusammen gebracht, und meine Verbindungen und Verhältnisse lassen mich hoffen, diese bald noch

ansehnlich vermehrer zu können. Dürfte ich daher auf die Unterstützung des Publikums rechnen; so würde ich eine solche Sammlung, geordnet nach dem Plane meiner Lehrbücher, gerne veranstalten, und Theils durch sorggfältige Auswahl, Theils durch zwekmäßige Abkürzungen der einzelnen Schriften, Theils durch Aufnahme ungedrukter Abhandlungen über einzelne, noch nicht befriedigend bearbeitete Materien das Werk möglichst brauchbar zu machen nach Kräften mich bemühen. Dieß könnte dann die Stelle eines vollständigen Kommentars über den ganzen Prozeß vertreten, der, meines Erachtens, einem jeden Geschäftsmanne gewiß gute Dienste leisten würde.

Die Belehrung Sachkundiger Männer werde ich allzeit, durchdrungen von dem Gefühle der Unvollkommenheit meiner Arbeiten, eben so dankbar benutzen, als der Beifall des Publikums mich freuen und aufmuntern wird. Geschrieben im Juli. Stuttgart 1792.

Der Verfasser.

Vorrede
zur zweiten Ausgabe.

Gebessert und verändert ist in dieser neuen Ausgabe manches; auch von den neueren Schriften Gebrauch gemacht. Zusätze von Bedeutung aber vermied ich absichtlich, damit akademische Lehrer das Buch schiklich bei ihren Vorlesungen zum Grunde legen können. Geschrieben im Juli. Stuttgart 1797.

Der Verfasser.

Vorrede
zur dritten Ausgabe.

In Revision der summarischen Prozesse des, den Wissenschaften zu frühe entrissenen, Gelehrten befolgte ich dieselben Grundsätze, welche ich mir in Revision des ordentlichen Prozesses zum Gesez gemacht hatte. Es sollte nämlich der Originalität des verdienstvollen Verfassers nichts entzogen, und dennoch sein Werk nach den inzwischen gemachten wissenschaftlichen Fortschritten verbessert werden. Der bloße Zufall erwirkte, daß derselbe Grundsaz in den summarischen Prozessen zu einer größeren Umarbeitung führte, als im ordentlichen Prozesse; denn schon in der Ansicht über das Verhältniß jener zu diesem, folglich in der Grund-

lage

lage war eine Umänderung nothwendig, welche zu anderen Abänderungen unaufhaltbar führte: nebstdem waren einige summarische Prozeßarten ganz ausgelassen, welche eine Ergänzung forderten. Dennoch war ich so weit entfernt, mein Handbuch über den Prozeß hier etwa in einen Auszug zu bringen, daß ich vielmehr von Danz unverändert beibehielt, was mit dem Ganzen bestehen konnte, und daß ich in jenen Fällen, wo ich eigene Ansichten hatte, diese nur in nachgesezten Paragraphen vortrug, ohne den Lesern die Ansichten meines zu früh verblichenen Freundes zu entziehen, wie die Lehre von Besizstreitigkeiten und Konkurs der Gläubiger bewährt.

Die litterarischen Ergänzungen des peinlichen Prozesses verdanken die Leser einem würdigen Landsmann des seeligen Verfassers, dem Herrn Cand. Feuerlein aus Stuttgart, der einige Jahre seiner akademischen Laufbahn mit rühmlicher Thätigkeit zu Landshut größtentheils in meinem Hause zubrachte, und unter meinen Augen diese Zusätze, so wie das vollständige Register fer-

fertigte, ein junger Mann, dem ich das Zeugniß ausgezeichneter Talente, gründlicher Kenntnisse und eines vortrefflichen Charakters, so wie die Versicherung meiner Freundschaft hier mit Vergnügen öffentlich ertheile. Landshut in Baiern, im März 1806.

Dr. Nicol. Thadd. Gönner.

Anzeige

Anzeige des Inhalts.

Eilftes

Ein-

Einleitung.

§. 1.

Summarischer Prozeß.

Der ordentliche Prozeß ist nach der Wesenheit seines Begriffes auf den Zweck der richterlichen Gewalt im Staate und das Princip jeder rechtlichen Verfahrungsart darinn berechnet, daß derselbe 1) eine vollständige Rechtsvertheidigung zu einem peremtorischen Zustand bezweckt, 2) vordersamst und allein auf wechselsweise Rechtsvertheidigung vor irgend einer nachtheiligen Verfügung wider eine Parthey die Richtung hat, 3) jeden Anspruch eines Subjekts an das Andere isolirt und unabhängig von den Ansprüchen anderer gegen eben das Subjekt berechtigten Subjekte verhandelt und vollstreckt, anbey 4) einen so bedächtigen und förmlichen Gang des Verfahrens vorzeichnet, wie derselbe auf alle gewöhnliche bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nach ihrer denkbaren Wichtigkeit und Ver-

worrenheit passen kann (a). Den Gegensatz des ordentlichen Prozesses macht der summarische Prozeß aus, worüber das römische (b) sowohl als das kanonische Recht (c) nebst den Reichsgesetzen (d) manche Verordnungen liefert, obgleich die Vernunft nach dem Gesetze der Zweckgemäsheit nicht nur die in diesen Quellen zerstreuten Fragmente zu einem Ganzen ausbilden, sondern auch manchen dieser Prozeßarten einen eigenthümlichen Geist einprägen mußte, deren Resultate wir in den Werken der Rechtsgelehrten und im Gerichtsgebrauche erkennen, wornach der lezte besonders als eine vorzügliche Quelle des summarischen Prozesses erscheint.

a) Danz ordentlicher Prozeß §. 58. Gönner Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses (zweite Auflage, Erlangen 1804. u. 5.) B. II. Abh. 29. und B. IV. Abh. 70. Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. (2. Aufl. 1803.) §. 77.

b) L. 40. D. ad L. Aquil. L. 5. §. 8. D. de agnosc. et alend. lib. L. 1. §. 9. D. de stipulat. prætor. L. 3. §. 4. D. de Carbon. ed. L. 3. §. 1. D. ut in poss. legat. L. 9. §. 6. de interrogat. in jure fac. L. 1. §. 14. D. de ventre in poss. mitt. L. 3. §. 9. D. ad exhib. L. 15. §. 4. D. de re judic. L. 7. §. 1. D. de hered. petit. L. 1. C. quor. appellat. L. 14. C. de agric. et cens. L. un. C si de momentan. possess. L. 4. C. si contra jus vel utilit. publ. L. 12. 13. C. de judic. L. 9. §. 5. L. 10. D. de dolo malo. Nov. 17. Cap. 3. Nov. 69. Cap. 1. L. 3. C. quor. bonor. §. 8. J. de interd. L. 47. D. de negot. gest. L. 178. §. 2. D. de verbor. signif. L. 11. §. 6. D. ad L. Jul. de adulter. L. 1. C. si per vim vel alium mod. L. 5. C. de naufrag. Joh. Ge. Estor Anweisung zu dem im Reiche üblichen summarischen, insonderheit dem protocollar, possessorischen und spolien Processe. Marburg 1746. Vor-

Vorrede S. 22. folg. Casp. Henr. Horn Diss. de processu summario ex §. 8. Resol. Saxon. Noviss. Vitemb. 1709. §. 3 4. Just. Hen. Boehmer Doctrina de actionib. Sect. 1. Cap. 11. §. 20. seq.

c) Clem. 2. de verbor. signif. Clem. 2. de judic.

d) Hierher gehören z. B. alle Verordnungen die, die unbedingten sowohl als bedingten Strafbefehle betreffen.

*) Von dem, was besondere Landesgeseze hierüber enthalten; was in einem einzelnen Falle die streitenden Theile verabreden, oder der Regent besonderer Umstände wegen verordnet, ist hier die Rede nicht. Meine Grundsäze rc. §. 55. 49.

§. 2.

Rechtfertigungsgründe und Eintheilungen der summarischen Prozeßarten.

Ergiebt sich aus dem gesagten, daß Vernachläßigung der Förmlichkeiten das Unterscheidungszeichen der summarischen Verfahrungsart vom ordentlichen Prozesse nicht sey, jene vielmehr in einer eigenthümlichen nach dem Zwecke der richterlichen Gewalt mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse einer Streitsache abgemessenen, und vom gewöhnlichen Laufe nothwendig abweichenden Verfahrungsart bestehe, so kann auch nur aus dem Gegensaz der wesentlichen Merkmale des ordentlichen Verfahrens der Rechtfertigungs- und Eintheilungsgrund der summarischen Prozeßarten entnommen werden. Wo nun I. der Gegenstand einer Verhandlung nicht das streitige Recht unmittelbar ist, sondern wo es mehr auf Einleitung zum Verfahren über die Hauptsache oder auf Nebenpunkte ankommt, da hatten die Gesetze einen Anrathungsgrund

zu einer Abweichung vom ordentlichen Verfahren; daher werden alle Provocationen, Litisdenunciationen, Verhandlungen im Berichtswege, Incidentpunkte auf eine eigene, vom ordentlichen Prozesse abweichende, Art verhandelt. II. Der längere Zeitraum, bis mit Zulassung aller Vertheidigungsgründe zuerst unter den Partheyen verhandelt, dann entschieden und hernach vollstrekt wird, würde in vielen Fällen die reelle Sicherung des Rechts gefährden, in manchen Fällen zum Nachtheil des Nationalreichthums seine Realisirung zu lange aufhalten: daher muß in denselben die Rechtshülfe auf eine ungewöhnliche schnellere Art geleistet werden; und hierinn liegt der Grund, wegen welchem manche Streitigkeiten über den Besitz, Arreste, provisorische Verfügungen, Mandatssachen, liquide Schuldforderungen, Wechsel eine ausserordentliche Verfahrungsart, meistens zu einem interimistischen Rechtszustand begründen. III. Sobald das Vermögen eines Schuldners zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreicht, würde der Richter das Recht der übrigen Gläubiger verletzen, wenn er einem derselben seine Forderung realisiren wollte; der allen Bürgern schuldige gleiche Schuz der Rechte fordert in diesem Falle, daß das gesammte Vermögen des Schuldners unter alle seine Gläubiger nach gesezlicher Ordnung vertheilt werde. Hierdurch gehet im Ganzen eine wichtige Veränderung an der gewöhnlichen Rechtshülfe vor, und es bildet sich eine solche Mischung verschiedener gerichtlicher Handlungen, daß nur in einer ungewöhnlichen Verfahrungsart der Zweck erreicht werden kann. Concurs der Gläubiger muß demnach eine ausserordentliche Prozeßart seyn. IV. Endlich mußten die Gesetze, wie sie das ordentliche Verfahren bedächtlicher und förm-

förmlicher vorgezeichnet hatten, bald darauf zurückkommen, daß dieser mit Aufwand von Zeit und Kosten verbundene Gang in vielen Fällen als zwecklos oder zweckwidrig, wenigstens als unräthlich erscheint, sie haben es also zwar im Ganzen bey der Richtung des ordentlichen Verfahrens belassen, aber auf dessen Abkürzung oder sonstige nöthige Modificationen ihr Augenmerk gerichtet. Hieraus entstand nicht nur der unbestimmte summarische Prozeß, sondern auch der Rechnungsprozeß, der Prozeß bey Auseinandersetzungen der Erbschaften, Societäten und Gemeinheiten, der Consistorial- Kriegsprozeß u. d. m. erhielten eine besondere Verfahrungsnorm. V. Diesem unbestimmten summarischen Prozesse sind die bestimmten insoferne entgegengesezt, als sie nicht eine blose Nachbildung des ordentlichen Verfahrens sind, und dessen Richtung besonders in Zulassung aller Vertheidigungsgründe ohne ausserordentliche Rechtshülfe, sondern einen eigenthümlichen Geist und deswegen eine besondere Verfahrungsart in sich haben, obgleich ihr Geist sich auch in einem besondern Namen ausspricht, wodurch sie sich von andern Prozeßarten auszeichnen.

Erstes

Erstes Hauptstück.

Allgemeine Grundsätze von den summarischen Prozessen.

§. 3.

Jeder summarische Prozeß muß einen gesezlichen Rechtfertigungsgrund für sich haben.

Jeder summarische Prozeß muß I. als Ausnahme von der Regel aus einem gültigen Grunde gerechtfertiget werden; welcher 1) in positiven Gesetzen, oder 2) in der Natur der Sache liegen kann, soferne diese ein besonderes Verfahren gebiethet. II. Als Ausnahme von der Regel findet zwar eine ausdehnende Erklärung der hierüber bestimmenden Gesetze nicht statt, wo jedoch die Gesetze bei Einführung einer ausserordentlichen Prozeßart nicht die Absicht hatten, eine Person zu begünstigen, da gehet die Sphäre des Gesetzes soweit, als der Grund desselben. III. Die Bürger haben auf die gesezliche Verfahrungsart ein Recht, daher ist ein landesherrlicher Befehl kein Rechtfertigungsgrund eines summarischen Prozesses in einer einzelnen Sache (a).

(a) Heinr. v. Schelhas d. j. über die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in Klagen zwischen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Obrigkeit (Stuttgart 1795. 8.) S. 122. Gönner Hdb. B. I. Abth. 1. §. 8.

§. 4.

Wieweit die Partheyen auf das Daseyn eines summarischen Prozesses wirken können.

Willkühr der Partheyen kann I. auf jene summarische Prozeßarten nicht wirken, welche entweder 1) das einzig mögliche und erlaubte Mittel sind, eine Rechtssache in ihrer gegebenen Lage zu endigen, z. B. der Concursprozeß: oder 2) welche von den Gesetzen aus einer höheren Staatsrüksicht zunächst ex privilegio causæ zu einem besondern Verfahren verwiesen wurden. II. Andere summarische Prozeßarten gehören zu den veräusserlichen Rechten der Partheyen, welche einen Verzicht zulassen; nur muß darauf gesehen werden, ob blos der Kläger, oder blos der Beklagte oder ob jeder von beyden Theilen darauf ein Recht habe, denn nach diesem Unterschied genügt bald der ausdrückliche oder stillschweigende Consens einer Parthey, bald muß der Consens beyder Theile vorhanden seyn (a). III. Eben diese Fälle lassen auch einen Vertrag zu, worinn die Partheyen eine bestimmte ordentliche oder summarische Verfahrungsart festsetzen.

a) Ueber die Wahl der Prozeßart Gönner Handb. B. II. Abh. 30.

§. 5.

Beobachtung aller wesentlichen Stücke des Verfahrens.

Jeder summarische Prozeß muß alles an sich tragen, was zur Wesenheit des gerichtlichen Verfahrens überhaupt gehört; darum muß I. auch die Einleitung zur wechselweisen Rechtsvertheidigung selbst bey jenen summarischen Prozeßarten geschehen, welche eine ausserordentliche schleunige Rechtshülfe bezielen: darum

finden II. nicht nur alle Einreden und Vertheidigungsmittel statt, welche mit dem Zwecke einer bestimmten Verfahrungsart vereinbar sind (a), sondern auch III. Einreden, welche die Gültigkeit des Verfahrens betreffen, ob sie gleich im ordentlichen Prozesse als verzögerliche Schuzreden vorkommen; daher werden auch IV. Rechtsmittel gegen richterliche Verletzungen, als wesentliche Bedingung zur Sicherung der Rechte, bey summarischen Prozeßarten nicht ausgeschlossen, obgleich die auf dem Verzug haftende Gefahr der Suspensivkraft entgegenstehet (b).

a) Clem. 2. de Verbor. signif. „non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur."

b) Ordentl. Proz. §. 426. Gönner Handb. B. III. Abh. 61.

§. 6.

Möglichste Annäherung an die Regeln des ordentlichen Prozesses.

Damit die Ursache und Wirkung in richtiger Proportion bleiben, muß I. jedes summarische Verfahren, welches eine ungewöhnliche schnellere Rechtshülfe beziełet, nicht nur 1) genau nach dem Grade der obschwebenden Gefahr abgemessen werden, sondern auch 2) diese Verfügung, als etwas provisorisches, die vollkommene Rechtausführung unter den Partheyen ungekränkt erhalten, welches 3) zuweilen durch einen ausdrüklichen Vorbehalt geschiehet, der sich jedoch vermöge der Natur solcher Prozeßarten von selbst verstehet. II. Auch muß jedes summarische Verfahren die Regeln des ordentlichen Prozesses zu seinem Vorbilde an-

annehmen, welches 1) nicht nur von wesentlichen Bestandtheilen und Vertheidigungsgründen, sondern sogar 2) von Förmlichkeiten gilt, insbesondere 3) von denjenigen, welche zur Abkürzung der Weitläufigkeiten sogar im ordentlichen Prozesse eingeführt wurden z. B. peremtorische Termine. III. Daß auch Einreden gegen die Zuläßigkeit einer summarischen Prozeßart statt finden, läßt sich wegen ihrem wichtigen Einfluß auf die Rechte der Partheyen wohl nicht bestreiten (a).

a) Ueberhaupt gehört zu diesem Hauptstük Grolmann Theor. des ger. Verf. §. 227. Gönner Hand. B. IV. Abh. 70. §. 8 — 13.

Zweites Hauptstück.

Von dem unbestimmten summarischen Prozesse.

§. 7.

Fälle, in welchen er statt findet.

Nicht jedes schleunige Verfahren gehört zu dem unbestimmten summarischen Prozesse (§. 2. N. IV. u. V.) die Rechtsgelehrten, indem sie jene Gegenstände, worinn bey obschwebender Gefahr eine schnellere Rechtshülfe geleistet wird, allgemein zum unbestimmten summarischen Prozesse zogen, konnten die Fälle, welche zu diesem gehören, nicht richtig verzeichnen, und daher stammt die irrige Meynung, man könne sie nicht aufzählen, und fast alles bleibe dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen (a). Die Gesetze haben

ent:

entweder auf die Qualität der Sache oder der streitenden Theile oder auf die Lage des Prozesses Rücksicht genommen. I. Wegen Qualität der Sache gehören hieher 1) alle geringfügige (Bagatell-) Sachen: 2) die Streitigkeiten, welche vor Untergerichten verhandelt werden, ohne jedoch bey verworrenen oder wichtigen Gegenständen das ordentliche Verfahren auszuschliessen. 3) Consistorialsachen über Ehe- und Sponsalienstreitigkeiten, 4) Handwerks- und Zunftsachen, 5) Familienzwiste, 6) alle Fälle, worinn ausser Besitzstreitigkeiten Interdicte statt finden, 7) Dienstbothensachen in Ansehung des Dienstes und Lohns; 8) besondere Landesgesetze haben hiezu noch verschiedene Fälle gezogen, z. B. Sachen des Handels, der Schiffart, Bergwerke u. dgl. 9) Aus dem gemeinen Rechte kann weder für fiscalische, noch für Steuer- und Contributionssachen, oder für Streitigkeiten über Zehenten, oder wo Gefahren auf dem Verzuge haftet, bewiesen werden (b). II. Begünstigte Personen sind 1) mitleidswürdige Personen (personae miserabiles) (c) 2) Reisende, 3) Studierende während ihres Aufenthalts auf Bildungsanstalten, 4) Soldaten, 5) Bergleute. Bey dinglichen Klagen hört diese Begünstigung allgemein auf. III. Nach der Prozeßlage gehören hieher 1) alle präparatorische und Incidentpunkte: 2) alles was bey der Execution zu untersuchen und zu entscheiden ist: 3) Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen verabsäumte Termine: 4) Cautionsgesuche (d).

a) Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß B. 3. Hauptst. 1, §. 1. 2. Estor Anweisung zum summarischen Prozeß. Hauptst. 3. §. 31. folg. Derselbe Anweisung für die Beamten und Gerichtsverwalter in den

den gerichtlichen und aussergerichtlichen Rechtshändeln auch zu den summarischen Prozessen. Thl. 2. Marburg 1762. §. 1017. folg. Zanger de Except. P. 1. C. 1. n. 60. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Proleg. §. 11. seq. Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. 2. Abschn. 1. §. 294. 295. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. 7. §. 4. folg. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1437. folg. Am weitläufigsten hat sich hierüber verbreitet Claproth summar. Proz. §. 4. Man sehe hierüber Gönner Hdb. B. IV. Abh. 71. §. 3—10.

b) Anderer Meynung ist zum Theil Claproth a. a. O.

c) Worunter jedoch blose Arme nicht gerechnet werden. Jo. Ans. Feuerbach an ex quatenus privilegia miserab. personarum pauperibus denegari possint. Gifs. 1778. Gönner Hdb. B. I. Abh. 24. §. 2. das Gegentheil behauptet Leyser Med. spec. 78. m. 1. vergl. Müller obs. ad Leyser T. I. f. 11. S. 205. ff.

d) Die Präjudicialpunkte als Hauptsache können nicht hieher gezählt werden Gönner Hdb. B. I. Abh. 25. §. 13. das Gegentheil behauptet Claproth a. a. O.

§. 8.

Verfahrungsart. I. Allgemeine Regeln.

Ueber das Verfahren liefert das kanonische Recht (a) eine sehr ausführliche Verordnung, welche vereint mit der Natur der Sache folgende Regeln bewährt: I. Als Surrogat des ordentlichen Prozesses, womit der unbestimmte summarische Prozeß in Zweck und Grundlage übereinstimmt, muß sich derselbe mehr, als jedes andere Verfahren, nicht blos in wesentlichen Stücken, sondern auch in Formalitäten dem ordentlichen Prozesse annähern (b); daher finden II. in Ansehung des Rich-

Richters; der streitenden Theile, die hier Implorant, Implorat, Impetrant, Impetrat genannt werden; der Beistände und Stellvertreter dieser; des Aktuars und übrigen Nebenpersonen hier durchaus die nämlichen Grundsätze statt, die auch beim ordentlichen Prozeß zur Richtschnur dienen. Werden diese vernachläßiget; so zerfällt das ganze Verfahren als unheilbar nichtig in sich selbst. III. Aus eben diesem Grunde müssen illiquide Einreden, nicht schleunige Beweismittel zugelassen werden. IV. Was im ordentlichen Prozesse unter dem Gewande einer Formalität zur Einleitung der wechselweisen Rechtsvertheidigung abzielt, muß auch hier entweder beybehalten, oder dafür ein Surrogat hergestellt werden. V, Termine und Folgen ihrer Verabsäumung dauren in dieser Prozeßart fort, sogar werden die Termine kürzer und früher mit Präclusivkraft angesezt. VI. Insbesondere bedient man sich wo möglich mündlicher protokollarischer Verhandlungen, um weitschweifige Communicationen abzuschneiden und das Ende des Prozesses früher herbeyzuführen. VII. Des Richters Thätigkeit ist im Gebrauche der Rechtsmittel wie im ordentlichen Prozesse bedingt, doch kann er im Schlusse der Verhandlungen durch passende Fragen an die Partheyen zur Erforschung der Wahrheit, durch Abschneiden unnützer Ausführungen nützlich seyn (c).

a) Clem, 2. de Verb. signif.

b) Grolman Theor. des ger. Verf. §. 227.

c) Alles vermöge der angef. Clem. 2. vergl. überhaupt Gönner Hdb. B. IV. Abh. 71. §. 12 — 15.

§. 9.

§. 9.

II. Besondere Regeln. A) Vor dem Beweisverfahren.

Was die einzelnen Theile des Verfahrens, und zwar erstens vor dem Beweisverfahren angehet, so ist I. ein förmliches Klageschreiben hier nicht erforderlich. Ein jeder mündlicher (a), oder schriftlicher Vortrag b), wenn aus demselben nur erhellet, was der Implorant für Forderungen an den Imploraten macht, welche Thathandlungen diese veranlaßt haben, auf welchen rechtlichen Gründen sie beruhen, und wie der Implorant will, daß der Richter in der Sache verfahren (c) und erkennen soll (d) ist schon hinreichend (e). II. Nur bei Personen von Stande ist eine schriftliche Ladung nothwendig, sonsten ist eine mündliche hinreichend (f). Haftet Gefahr auf dem Verzuge; so können solche Sachen auch an Ferien vorgenommen werden, und die Fristen und Termine sind so kurz zu bestimmen, als es der nöthigen Vertheidigung wegen möglich ist. Auf die übrigen innere und äussere Bestandtheile einer Ladung aber muß auch hier Rücksicht genommen werden (g). III. Verzögerliche Einreden, die, wenn ihnen nicht abgeholfen wird, eine Nichtigkeit des Prozesses nach sich ziehen (h), müssen zugelassen werden, und sind nicht gerade an den ersten, zu der Verhandlung auf die Klage anberaumten, oder erstreckten Termin gebunden (i). IV. Läßt man gleich bei diesem ausserordentlichen Verfahren eine summarische Einlassung zu (k); so wäre doch der Beförderung der Sachen und des eigenen Besten der Partien wegen sehr zu wünschen, daß, so bald der Rechtsfall in den Thatumständen einigermassen verwickelt ist, die Richter auch hier eine besondere Einlassung fordern möch-

ten (l). V. Aller, an sich zuläßiger zerstörlicher Einreden (m) kann der Implorat sich bedienen, und seine exceptivische Nothdurft sowohl schriftlich einreichen, als auch mündlich zum Protokoll geben (n). VI. Die zur Aufklärung der Streitfrage nöthigen Schriftsätze, Replik, Duplik u. s. w. müssen zwar auch hier den Partien gestatten werden (o); aber an eine gewisse Schriftenzahl ist dann doch der Richter nicht gebunden, sondern kann, so bald er die Sache zum Spruche reif findet, ohne die Hintersetzung von Seiten der streitenden Theile abzuwarten, ein Urthel fällen (p).

a) Clem. 2. de V. S. Nov. 17. cap. 3. Nov. 82. cap. 5. Einen solchen mündlichen Vortrag muß der Richter zu Protokoll nehmen. Gute Anleitung dazu giebt Estor Anweisung für die Beamten. Thl. 2. §. 1055. folg. Derselbe Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. II. §. 12. Hauptst. IV. §. 41. folg.

b) Ein Promemoria, ein Handschreiben, eine Rechnung u. s. w können die Stelle eines förmlichen Klageschreibens vertreten.

c) Ist gleich bei den meisten Gerichten ausserhalb Sachsen das Gesuch wegen des Prozesses in der Regel nicht mehr üblich; so ist doch nicht räthlich bei diesem ausserordentlichen Verfahren es auszulassen. Meine Grundsätze ꝛc. §. 72. Nur muß der Implorant sich hüten, solche Ausdrücke zu gebrauchen, die es zweifelhaft machen könnten, ob der ordentliche, oder summarische Prozeß angestellt worden sey. Auf Kriegsbefestigung darf er daher seine Bitte nicht richten, sondern auf Einlassung und Antwort, oder am sichersten, auf summarische Antwort. Nettelbladt Anleitung zu der ganzen prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 806. Schaumburg Princip. prax. jurid. jud. Lib. II. Cap. I. § 3. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VII. §. 12. Wernher

her P. VI. Obs. 388. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß B. III. Hauptst. I. §. 3.

d) Förmlich braucht dieses Gesuch in Ansehung der Hauptsache nicht zu seyn. Es ist genug, wenn aus den vorgetragenen Thatumständen und dem Rechtsgrunde die Absicht des Imploranten von selbst erhellet. Schaumburg l. c.

e) Clem, 2. de V. S. Meine Grundsätze rc. §. 60.

f) L, 17. §. 1. C. dignitat. Meine Grundsrze rc. §. 97. Als seltene Ausnahme von der Regel kann, wenn höchste Gefahr auf dem Verzug haftet, der Richter auch ohne vorgängige Ladung eine Verfügung erlassen. Mevius P. II. Decis. 237.

g) Clem. 2. de V. S. L. 1. 2. 3. L. 3. 5. 10. C. de feriis. Meine Grundsätze rc. §. 111.

h) Meine Grundsätze rc. §. 159. folg.

i) Ebendaselbst § 168. Schaumburg l. c. §. 6. Gönner Hdb. B. IV. Abh. 71. §. 13. behauptet, daß seitdem vermöge des J. R. A. verzögerliche Schutzreden mit der Litiscontestation verbunden werden müssen, folglich den Streit nicht mehr aufhalten, auch diese ungeachtet der entgegenstehenden Clem. 2. in dieser Prozeßart zuläßig seyen.

k) Meine Grundsätze rc. §. 176.

l) Ebendaselbst §. 178, folg. §. 485. Schaumburg l. c. §. 7. Clem. 2. de V. S.

m) Meine Grundsätze rc. §. 185. folg.

n) Ebendaselbst §. 195.

o) Ebendaselbst §. 211. folg.

p) Ebendaselbst §. 400. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 5. No. 13.

§. 10.

§. 10.

B) Bey dem Beweisverfahren.

Der Satz: daß hier Bescheinigungen (Demonstrationes) an die Stelle förmlicher Beweise treten (a) ist nach Vernunft und Gesetzen (b) falsch; beide liefern vielmehr folgendes Resultat: I. Was die Gesetze bey einem Beweismittel fordern, damit es juristische Gewißheit hervorbringe (Zahl- und Glaubwürdigkeit der Zeugen, Vorlage der Originalurkunden u. dgl.) gilt auch hier, weil es von einer schleunigeren Verfahrungsart unabhängig ist; II. daher können auch eigentliche Beweismittel, unter welche das Vernehmen der Partheyen zur Erhaltung eines Geständnisses, Augenschein und Sachverständige nicht zu rechnen sind, vom Richter unaufgefordert nicht gebraucht werden. III. Der Beweistermin ist hier gesezlich peremtorisch, wenigstens als solcher vom Richter anzusetzen, welches auch als Regel für alle Termine im Beweisverfahren gilt. IV. Die Beweismittel müssen vor ihrer Aufnahme dem Produkten bekannt gemacht werden, damit er dagegen seine etwanigen Einreden vorbringen kann, wodurch ein Produktionsverfahren veranlaßt wird. V. Daß der Richter die übermäßige Anzahl der vorgeschlagenen Zeugen vermindere (c), ist wohl nur insoferne rechtlich, als dem Producten auf den Fall, daß die verminderte Zeugenzahl den Beweis nicht herstellt, vor Eröffnung der Zeugenaussagen eine neue Auswahl verstattet wird. VI. Die erhobenen Zeugnisse doch ohne Rotel, Besichtigungsprotokolle und Parere der Sachverständigen müssen den Partheyen vor Abfassung des Urteils zur Kenntniß gebracht werden, es genügt aber, wenn ihnen Einsicht derselben verstattet wird.

wird. VII. Impugnations= oder Salvationsschriften sind nur dann zuzulassen, wenn der Product die Kraft der Beweismittel impugniren will.

a) Meine Grundsäze 2c. §. 244. Ernst Gottfried Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. Leipz. 1791. §. 22. folg. Struben R. B. Thl. V. B. 18. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. I. § 8. seq. Renneri Meditation. ad h. l. p. 157. Horn Diss. citat. de processu summario. §. 5. 49. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozes. B. III. Hauptst. I. §. 5. Nettelbladt Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 807. Sieber Anleitung zum gerichtl. Prozeß. §. 298. folg. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. II. §. 22. folg. Gribner Princip. proc. judiciar. Lib. II. Cap. I. §. 5. seq.

b) Clem. 2. de Verb. sign. Gönner Hdb. B. IV. Abh. 71. §. 14.

c) Die angef. Clem. 2.

§. 11.

C) Nach dem Beweisverfahren.

I. Das erste sowohl in solchen Sachen zu fällende Urthel (a), als die übrigen richterlichen Erkenntnisse werden, ohne die sonst üblichen Feierlichkeiten zu beobachten (b), eröffnet. Sie können schriftlich verfaßt, und statt der Publikation den Partien durch den Gerichtsdiener zugestellt werden (c). II. Demjenigen, der durch die richterlichen Verfügungen und Aussprüche beschwehret ist, stehet der Gebrauch aller in den Gesetzen vergönnten Rechtsmittel zu (d). III. Auch in den höheren Instanzen werden bei solchen summarischen Sachen die sonst üblichen Förmlichkeiten nicht

beobachtet. wenn die Verfassung des Gerichts nicht ein anderes mit sich bringt (e). IV. Die Vollstrekkungsart rechtskräftiger Urtheile kommt mit derjenigen im ordentlichen Prozesse vollkommen überein (f), nur daß auch hier möglichste Beschleunigung der Sache das erste Gesez für den Richter seyn muß. V. Gegenklagen (g), Litisdenunciationen (h) und Interventionen endlich (i) finden auch hier statt.

a) Meine Grundsäze rc. §. 216. folg.

b) Anhang zu meinen Grundsätzen rc. §. 94. folg.

c) Clem. 2. de V. S.

d) Meine Grundsäze rc. §. 403. folg. Mevius P. II. Decis. 366. P. III. Decis 237. Schaumburg l. c. §. 12.

e) Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VII. §. 15. Mevius P. II. Decis. 366. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse. §. 5. N. 28.

f) Meine Grundsäze rc. §. 444. folg.

g) Ebendaselbst §. 467. folg.

h) Ebendaselbst §. 471. folg.

i) Ebendaselbst §. 477. folg. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1432.

* In Sachen, bei welchen höchste Gefahr auf dem Verzug haftet, z. B. in Baustreitigkeiten, Begräbnißsachen, Handelssachen, Teichsachen, Handwerkssachen, u. s. w. wie auch in solchen Sachen, die besonders begünstigte Personen angehen, z. B. Studenten, Reisende, Bauern u. s. w. bindet sich der Richter nicht immer an die oben angegebene Regeln, sondern erläßt die dem augenbliklichen Bedürfniß angemessene Verordnungen, und entscheidet nicht selten in wenig Stunden einen Rechtsstreit. So nothwendig und zugleich wohlthätig sowohl für den Staat, als die einzelnen Unterthanen dieses

dieses häufig ist, so sehr muß doch der Richter sich hüten, daß dieses sein willkührliches Verfahren nicht in ein tumultuarisches ausarte. Meine Grundsäze rc. §. 55. 58. Schaumburg l. c. §. 13.

Drittes Hauptstück.

Vom Berichtsprozeß.

§. 12.

Berichtsprozeß.

Unter den vorbereitenden Prozessen verdient der vom gemeinen Rechte (a) anerkannte Berichtsprozeß (b) die erste Stelle. Sein Zweck ist blos Aufklärung des Richters, nicht eigentlich Rechtsvertheidigung der interessirten Theile. Nur bey einigen simplen Beschwerden des Richters erscheint seine Vertheidigung in Form eines Berichtes. Nebst einigen Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit werden Berichte besonders in Klagen wider eine Obrigkeit und in weitaussehenden zweifelhaften Streitsachen mit entschiedenem Nutzen abgefordert (c).

a) Die Römer kannten ihn in ihren relationibus ad Principem Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. 49. Tit. 1. §. 23. diese wurden zwar in der Nov. 125. cap. 1. abgeschafft, das kanonische Recht hat die Berichtsabforderung wieder gesezlich eingeführt cap. 68. X. de appellat.

b) Ueber den ganzen Berichtsprozeß verbreitet sich Pilger Diss. continens delineationem praxeos Camerae imperialis novissimae circa litterarum in-

informatorialium redemtionem vulgo Berichts-auslösung. Marburg 1789. Gönner Handb. B. IV. Abh. 72.

e) Die Reichsgesetze bestimmen manche Fälle, wo Berichtsabforderung bey den Reichsgerichten nothwendig ist, sie können aber, als auf die Eigenheiten der reichsgerichtlichen Verfassung berechnet nicht eigentlich als Quelle des gemeinen Prozesses angesehen werden. Gönner Hdb. B. I. Abh. 2.

§. 13.

Verfahren. I. Berichtsabforderung.

Der Anfang des Verfahrens geschiehet I. mit der Abforderung des Berichts, welche in der reichsgerichtlichen Kanzleisprache Schreiben um Bericht genannt wird. II. Der Berichtsabforderung werden die Vorstellungen desjenigen, der sie veranlaßte, beygelegt, und die im Berichtsverfahren einkommenden Schriften sind Theil der Akten. III. In simplen Beschwerden gegen den Richter hat die Berichtsabforderung die Kraft einer Ladung (a), eben dieses tritt ein da, wo von der Gegenparthey der Bericht gefordert war, ausserdem ist die Verbindlichkeit zur Berichtserstattung unbedingt.

a) Nur soweit der Oberrichter die aufsehende Staatsgewalt gegen die Unterbehörden ausübt, kann auch hier die Verbindlichkeit zur Berichtserstattung unbedingt seyn.

§. 14.

II. Ungehorsam in Erstattung des Berichts.

Wenn I. der Bericht im angesetzten Termine nicht erstattet wurde, so wird noch ein neuer Termin zur Berichtserstattung angesetzt, und entweder sogleich oder

bey

bey dem dritten Termine die Folge des ferneren Ungehorsams angedrohet, welche sodann vollzogen wird. II. War der Bericht der Gegenparthey abgefordert, so muß die Nichterstattung desselben als ein Verzicht auf die Rechtsvertheidigung im pråparatorischen Verfahren angesehen werden, und es ist nichts angemessener, als die gebethenen Prozesse, wenn dem Gesuche nichts anderes im Wege steht, in contumaciam non informantis zu erkennen. III. Ausser diesem Falle muß überall, wo die Verbindlichkeit zur Berichtserstattung unbedingt ist, anfangs mit Geldstrafen in angemessenen Gradationen vorgeschritten werden, am Ende können schårfere Zwangsmittel in Anwendung kommen; in contumaciam judicis non informantis gegen den Appellaten Appellationsprozesse zu erkennen, ist allemal widerrechtlich, da man einen Unschuldigen mit den Folgen des von einem Dritten begangenen Ungehorsams belegt.

§. 15.

III. Der Bericht selbst.

Der Bericht muß enthalten I. eine zusammenhångende Geschichtserzåhlung über den in Frage stehenden Gegenstand, womit die für die Wahrheit der Erzåhlung sprechenden Belegen nützlich verbunden werden. II. Einreden, Litiscontestation und alle Folgen eigentlicher Streitverhandlungen fallen hier hinweg; die mit Bericht vernommene Parthey giebt ihm die Stellung, daß der Gegner kein Recht habe, folglich mit seinem Gesuche abzuweisen sey: ein berichtender Dritter muß alles ohne besonderen Rechtsanträge der Beurtheilung des Oberen überlassen, nur bey frevelhaften oder falschen

schen Beschwerden gegen den Unterrichter fügt dieser das Gesuch um Bestrafung des Beschwerdeführers hinzu. III. Die Berichtsabforderung erwirkt wohl eine Prävention des Gerichtsstandes, aber der Bericht keine Litispendenz.

§. 16.

IV. Auf wessen Kosten der Bericht zu erstatten ist?

Nach dem Verhältnisse, in welchem der Berichtsteller stehen kann, muß bestimmt werden, auf wessen Kosten der Bericht zu erstatten sey. I. Wem als Parthey Bericht abgefordert wurde, kann nach dem Grundsatz, daß keine Parthey ihrem Gegner die Kosten vorschießen müsse, auch keine Berichtsgebühren fordern. II. Wenn aber dem Richter, als solchem, wo er nicht als Parthey zu betrachten ist, Bericht abgefordert wurde, da muß derjenige, welcher ihn veranlaßt, die Gerichtsgebühren dafür erstatten. III. Im Zweifel wird der berichtenden Stelle anbefohlen, den Bericht bis zur erfolgenden Entscheidung unentgeldlich (einstweilen gratis, erga annotationem) zu erstatten.

§. 17.

V. Nach eingelangtem Bericht.

Abgerechnet jene Fälle, wo der Richter als Parthey sich gegen eine Beschwerde in Berichtsform rechtfertigte, wo also auf Bericht und den allenfallsigen Gegenbericht eine Hauptentscheidung folgen kann, muß man von dem Satze ausgehen, daß der Berichtsprozeß nur auf präparatorischem Wege die Frage bezielet, ob das zur Hauptentscheidung führende Verfahren durch Erkennung der gebethenen Prozesse einzuleiten sey.

sey. Diesem Gesichtspunkt zufolge muß I. der Bericht, als eine die Rechte der Partheyen betreffende Sache zu ihrer Kenntniß gebracht werden, es mag durch Mittheilung zum Gegenbericht oder zur Nachricht oder durch verstattete Einsicht geschehen. II. Wenn der Bericht alle Zweifel über die Sache hebt, so werden auf Bericht die gebethenen Prozesse erkannt oder abgeschlagen, III. Ist die Sache nach dem Berichte entweder zweifelhaft oder wenigstens nothwendig, dem Impetranten eine Vertheidigung über die darinn enthaltene Behauptung zu verstatten, so wird der Bericht zum Gegenberichte mitgetheilt. Weitere Communicationen sind im Berichtsprozesse unzweckmäßig. IV. Bleibt nach eingelangtem Gegenberichte die Sache noch zweifelhaft, so führet eben dieser zweifelhafte Zustand zur Nothwendigkeit, die streitigen Rechte im förmlichen gerichtlichen Verfahren auseinander zu setzen, d. h. die Prozesse zu erkennen. V. Die Abschlagung der Prozesse, sollte sie auch auf Bericht und Gegenbericht erfolgt seyn, ist ein simples Dekret, das in Rechtskraft nicht übergeht, ausgenommen die Dekrete, worin ein gebrauchtes Rechtsmittel wider Urtheile verworfen wird. VI. Sind nach erstattetem Berichte die Prozesse zu erkennen, so ist es schlechthin unerlaubt, den Bericht als Exceptionsschrift zu betrachten, und ad replicandum mitzutheilen, denn er hat im Zwecke und in seiner Gestalt nichts, was zur Uebertragung einer im vorbereitenden Wege gegebenen Aufklärung in das zur Hauptenscheidung führende Hauptverfahren als förmliche Rechtsvertheidigung berechtigte. VII. Ordinationen können auf Bericht und Gegenbericht desto zweckmäßiger erkannt werden, weil der Richter durch diese

Auf-

Aufklärungen einen näheren Aufschluß über die Verhältnisse der Sache erhalten hat (a).

a) Ueber Ordinationen sehe man Claren de eo, quod justum est circa rescripta de emendando seu Ordinationes, Goett. 1798. Gönner Hdb. B. III. Abh. 69.

Viertes Hauptstück.

Von dem Provokationsprozeß.

§. 18.

Provokationsprozeß.

Wenn Jemand von einer Seite her Ansprüche besorgt, ohne daß er durch Anstellung einer eigenen auf seine Nichtverbindlichkeit zielenden Klage die Nachtheile eines besorgten Anspruches und seiner verzögerten Entscheidung vor Gericht beseitigen kann, so gebiethet die Vernunft, ihm den sorgenfreien Genuß seines Eigenthums oder die Erhaltung seiner durch Verzögerung der Klage gefährdeten Rechte durch ein Rechtsmittel möglich zu machen, womit der Andere in die Nothwendigkeit versezt wird, die Klage zeitig anzustellen, oder sein Recht gegen den andern aufzugeben. Hieraus entstehen Aufforderungen zur Klage (Provocationes ad agendum) (a). Die Regel, daß niemand wider seinen Willen zur Anstellung einer Klage gezwungen werden könne (b), ist nicht nur überhaupt

so

so zu verstehen, daß ein absoluter Zwang hiezu nicht statt finde, sondern sie hat noch verschiedene Ausnahmen, insbesondere 1) wenn jemand sich zur Anstellung einer Klage ausdrücklich oder stillschweigend verbindlich gemacht hat (c): 2) wenn jemand durch Gesetze (d) oder 3) durch Amtspflicht, z. B. als Fiscal oder Vormund dazu verbunden ist (e). Insbesondere leiten die Praktiker 4) den Fall einer nachtheiligen Rühmung eines Anspruchs (ex Lege diffamari) und 5) des bevorstehenden Verlustes einer Einrede (ex Lege si contendat) als besondere Provokationsfälle aus dem römischen Rechte (f) ab; und wenn gleich nicht geläugnet werden kann, daß nur eine irrige Erklärung jener Gesetzstellen diese Darstellung erzeugte (g), so ist doch dieser Irrthum sogar in die Reichsgesetze (h) eingedrungen, wodurch jedoch der Provokation im Ganzen das Siegel der Rechtmäßigkeit aufgedrückt wurde (i). Da indessen beide Gesetze gar nicht als specielle betrachtet werden können, vielmehr ihr Grund nur in dem Bestreben liegt, Jeden gegen Schaden zu sichern, der aus Verzögerung eines gerichtlichen Anspruchs entstehen kann, so muß auch die Provokation in allen Fällen erlaubt seyn, auf welche dieser Grund paßt, um da mehr, als kein Gesetz ihren Gebrauch auf die zwey Fälle der mißverstandenen Gesetze beschränkt (k). Die Provokationen müssen demnach auch nach dieser allgemeinen Ansicht zuerst behandelt werden, ehe man das Verfahren in den angeführten zwey Provokationsfällen darstellt.

a) Man sehe hievon Meister de falsa probatione processus provocatorii ex jure romano. Goett. 1742. in dessen Opusc. T. I. N. 2. Hofmann de genuino remediorum provocatoriorum eorum-

rumque actionum annexarum usu practico. Jenae 1753. Berger Electa processus provocatorii. Reuter de foro compet. provocationum. Halæ 1751. Koch de foro competente provocationis ex lege diffamari. Giss. 1777. Gönner Hdb. B. IV. Abh. 73.

b) L. un. C. ut nemo invitus. L. 20. C. de pignor. et hypothec. L. 5. §. 6 D. de doli mali exceptione. L. 42. D. de regul. jur.

c) Meister cit. Diss. Cap. III. Jo. Henr. Berger Electa processus provocatorii. §. 1. 2. 3. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 267. Meine Grundsäze rc. §. 41.

d) So versteht Berger a. a. O. §. 2. u. 3. die Fälle in L. 2. D. de L. Rhodia L. 13. §. 30. D. act. emt. vend. L. 60. §. 5. D. locati L. 75. §. ult. D. de Legatis 1. L. 26. C. de adm. tut. vel. curator.

e) Claproth a. a. O. §. 267.

f) Jene aus dem L. 5. C. de ingenuis manumissis, diese aus L. 28. de fidejuss. die Benennungen sind aus den Anfangsworten dieser Geseze entstanden.

g) im L. 5. C. de ingen. manum. hatte ein freyer Mensch gegen die Anfechtungen seiner Freyheit vom Praeses Provinciae wegen der Contumaz seines Gegners einen günstigen Anspruch erhalten, und nun befiehlt das Gesez, daß er gegen alle weitere Unbild seiner Gegner in Schuz genommen werden müsse — im L. 28. D. de. fidejuss. ist entschieden, daß die Excepr. divisionis bey Mitbürgen ihre Kraft behalte, wenn die Mitbürgen zur Zeit der Einrede zahlbar waren, aber erst nachher insolvent wurden. Meister l. c. Cap. IV. §. 8. u. ff. und diese Geseze sollen die Quelle, diese Fälle ausschliessend zur Provokation geeigenschaftet seyn!

h) R. A. von 1530. §. 93. B. A. von 1531. §. 32. sonst 35. R. A. von 1532. Art. 3. §. 2. Landfriede von 1548. Art. 14. §. 8. K. G. O. Thl. II. Tit. 25. K. K. G. O. Thl. II. Tit. 27. J. R. A. §. 83.

Püt-

Pütter Nova epitome processus imperii. §. 127. seq. Severin Theodor Neurodes Pragmatische Erläuterung des jüngern Reichsabschiedes. S. 339. folg. Benjamin Ferdinand Mohl Versuch eines Systems der Gerichtsbarkeit des kaiserl. Reichskammergerichts. Thl. I. Tübingen 1791. §. 89. folg. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 597. seq. Gail Lib. I. Obs. 9. 10. Vinc. Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 691. ff. Jo. Christ. Koch Diss. de foro competente provocationis ex lege diffamari tam secundum jus commune quam ordinationem cameralem. Giss. 1777. Cap. II. Vergl. Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. §. 260. folg.

i) Meister Diss. citat. Cap. IV. Berger l. c. §. 4-7. Vergl. Pufendorf Tom. III. Obs. 193.

k) Gönner a. a. O. §. 1 = 7.

§. 19.

Erfordernisse und Wirkungen der Provokation im Allgemeinen.

Provokation im Allgemeinen und ohne Beschränkung auf die bekannten zwey aus den Gesetzen abgeleiteten Fälle fordert I. von Seite des Provokanten ein Interesse, daß ein Gegenstand seiner Rechtsverhältnisse nicht länger ohne gerichtliche Entscheidung bleibe; hierüber aber ist eine Bescheinigung destoweniger nothwendig, je inniger auf der einen Seite das Interesse mit dem Zwecke einer Aufforderung verbunden ist, und je weniger auf der andern Seite der Provokat bey früherer Anstellung der Klage verliehren kann. II. Den Provokaten zwingt sie, früher, als er sonst gethan hätte, sein Recht bey Gericht geltend

zu machen, aber sie erzeugt weder eine Prävention des Gerichtsstands, noch hindert sie den Provokaten, in jeder auch privilegirten Prozeßart seine Ansprüche zu verfolgen. III. Nur bey Verhältnissen, wo eine Klage des Provokaten gedacht werden kann, ist eine Provokation möglich, Rühmung eines Anspruchs darf mit üblen Nachreden nicht verwechselt werden. IV. Als ausserordentliche Rechtshülfe ist sie unstatthaft, wenn der Provokant selbst seine Freyheit von fremden Ansprüchen als Kläger verfechten kann (a). V. Niemals ist die Provokation eine Anerkennung, daß dem Provokaten ein Klagerecht zustehe. VI. Der Provokationsprozeß ist ein präparatorischer, soferne er entweder zur Verhandlung der Hauptsache den Weg bahnen, oder diese auf immer abwenden soll (b); hiernach ist auch der Gerichtsstand zu beurtheilen (§. 23.)

a) z. B. actio negatoria, die Condiction eines Schuldbriefes wegen Nichtauszahlung des Anlehens. L. 7. C. de n. n. p. Bülow und Hagemann praktischer Erörter. B. IV. S. 33.

b) Berger l. c. §. 8. Claproth a. a. O. §. 269.

§. 20.

A) Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung.

Die Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung (provocatio ex L. diffamari) ist dasjenige Rechtsmittel, wo derjenige, welcher sich gerühmt hat, es stehe ihm gegen uns, oder auf unsere Sachen eine Klage zu, aufgefordert wird, entweder diese Klage behörig anzustellen, und auszuführen, oder aber sich zu gewärtigen, daß ein

ewiges

ewiges Stilleschweigen ihm werde aufgeleget werden — Das Wort diffamare bedeutet zwar im allgemeinen so viel als — bekannt machen — vulgare — und also nicht immer etwas böses, oder nachtheiliges (a); allein nach dem juristischen Sprachgebrauch bezeichnet es allzeit so viel — als eine Behauptung ausstreuen, die, wenn sie wahr wäre, zum Nachtheil eines andern gereichen würde (b). Das übrigens ist gleichgültig, ob die Aussprengung öffentlich, oder im stillen (c), ob sie absichtlich, oder aus Irrthum geschiehet (d), und daß in derselben eine Beschimpfung liege ist gar nicht nothwendig (e). — Derjenige, welcher gegen den andern etwas nachtheiliges aussprenget, und nunmehro zu Anstellung der Klage aufgefordert wird, heißt Diffamant und Provokat; derjenige aber, gegen den etwas nachtheiliges ausgesprenget worden ist, und der den andern nunmehro zu Anstellung der Klage auffordert, wird Diffamat und Provokant genannt.

a) Jo. Matth. Gesner In novo linguæ et eruditionis romanæ thesauro Tom. II. p. 159. Car. du Fresne In glossario ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis. P. II. p. 108.

b) de Cramer Syftem. process. imper. Sect. II. Tit. 9. §. 954. Koch Diss. citat. §. 1. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 4. (Der Ausdruck Diffamation, übersetzt durch nachtheilige Ausstreuungen als übler Nachreden, hat wesentliche Irrthümer veranlaßt, man kann darunter nichts als die Rühmung eines Klagerechts verstehen.)

c) Leyser Spec. 81. M. 2. Koch l. c. Siehe jedoch: Guil. Roding Pandectæ juris cameralis. Lib. I. Tit. 14. §. 8. Fratr. Becmannorum

rum Consil. et Decis. P. I. Argum. 38, n. 6. 7. 8.

d) L. 5. C. de ingen. manumiss. Berger Electa processus provocatorii. §. 9. Schaumburg l. c.

e) Leyser l. c. M. 1. Koch l. c. Schaumburg l. c. Mevius P. VII. Decis. 360.

§. 21.

Erfordernisse zu dieser Aufforderung.

Aus dem von der Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung gegebenen Begriff (§. 20.) ergiebt sich, daß dieselbe nur dann statt findet, wenn 1) der Diffamant sich eines gegen uns, oder auf unsere Sachen zustehenden Rechtes und Klage gerühmet hat. Enthält mithin die Aussprengung eine blose Injurie; so tritt jene Aufforderung nicht ein, sondern das den Verhältnissen angemessene, ordentliche Rechtsmittel muß ergriffen werden (a). Ausserdem kann 2), wenn dem Diffamaten eine Klage zustehet, die derjenigen, welcher der Diffamant sich gerühmet hat, gerade entgegen gesezet ist, und welche zu dem nämlichen Zwecke führet, den die Provokation beabsichtiget, von dieser, als einem ausserordentlichen Rechtsmittel die Rede nicht seyn (b). 3) So bald die in Frage stehende Rechtssache einmal vor Gericht angebracht ist, lässet sich eine Aufforderung als statthaft nicht mehr gedenken (c). 4) Betrift endlich die Diffamation das Recht eines Dritten; so ist die Aufforderung für zuläßig nicht zu achten (d). Bei einer bedingten Aussprengung hingegen findet die Provokation sogleich statt, ohne daß es nöthig wäre, die Erfüllung der Bedingung abzuwarten (e).

a) Koch

a) Koch Diss. cit. §. 3. Berger Electa processus provocatorii. §. 12. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 4. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 270. Das Gegentheil behaupten: Richter P. II. Decis. 100. n. 108. Mevius P. I. Dec. 144. Carpzov Prax. crim. P. II. qu. 97. n. 68. Adolph Dietrich Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1789. Abhandl. IV. S. 45. — Einige glauben, diese Provokation sey alsdann von Nutzen, wenn der Diffamat, durch die Verjährung ausgeschlossen, die Injurienklage nicht mehr anstellen könne, oder gegen die Erben des Injurianten klagen wolle. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. V. §. 25. — Häufen kann man diese Aufforderung mit der Injurienklage nicht. Berger l. c. §. 13. 14. Carpzow Lib. II. Respons. 57. n. 4. Jo. Andr. Hofmann Diss. de genuino remediorum provocatoriorum eorumque actionum annexarum usu practico, Jenæ. 1753. §. 39. seq.

b) Koch l. c. Berger l. c. §. 15. Leyser Spec. 81. M. 7. et Cor. 2. Das Gegentheil behauptet: Ludovici a. a. O. §. 18.

c) Koch l. c. Berger l. c. §. 18. Wernher P. X. Obs. 344. Richter P. II. Decis. 100. n. 24. Lynker P. III. Decis. 1448. Schaumburg l. c.

d) Berger l. c. §. 17. Koch l. c. Jac. Blum Process. cameral. Tit. 36. n. 24.

e) Gmelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band IV. No. XVII. §. 164. S. 242, Berger l. c. §. 15. 16. Das Gegentheil behauptet: Ludovici a. a. O. §. 6.

§. 22.

§. 22.

Streitende Partien.

Der Provokationsprozeß ist ein blos vorbereitender, der der Verhandlung der Hauptsache den Weg bahnet, bei ihm ist der Provokant und Diffamat Kläger, der Provokat und Diffamant aber Beklagter. Bei der Verhandlung der Hauptsache hingegen kommt alles in den gewöhnlichen Gang zurück, der Provokat und Diffamant nämlich tritt in die Stelle des Klägers, der Provokant und Diffamat aber in diejenige des Beklagten (a). Die Erben des Diffamaten sind in alle Wege berechtiget, diese Provokation anzustellen, die Erben des Diffamanten hingegen können nur dann belanget werden, wenn sie die nachtheilige Aussprengung auch ihrer Seits fortgesezt haben, oder der Verstorbene sich bereits auf die Provokation eingelassen hat (b).

a) Berger Electa processus provocatorii. §. 19. Koch Diss. cit. Cap. I. § 4. 5. Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 3.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 272. Adolph Dietrich Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1789. Abhandl. IV. S. 43. — Andere wenden hier die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht von der Injurienklage gelten, an, und behaupten demnach, daß diese Provokation weder den Erben zuständig sey, noch wider die Erben statt finde, woferne nicht mit dem Verstorbenen die Einlassung bereits geschehen ist. Textor ad Rec. Imper. nov. Disp. V. th. XI. Martini Commentat. for. Tit. 1. §. 5. n. 85. Andere unterscheiden, ob die Nachrede eine eigentliche Injurie ausmache, oder nicht. In dem ersten Fall geben sie der Anwendung der Grundsätze

säze von der Injurienklage statt, in dem zweiten Fall hingegen, lassen sie den Uebergang der Klage auf die Erben, und wider dieselben zu. Johann Ludwig Schmidt Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Jena 1786. §. 273. 274. Noch andere endlich halten dafür, diese Provokation habe eigentlich einen sogenannten Quasikontrakt zum Grunde, und gehe folglich ohne Unterschied active und passive auf die Erben über. Berger l. c. §. 44. (Diese Meynung ist auch die richtigste; sobald man von dem richtigen Standpunkte ausgehet, daß eine Diffamation hier nur Rühmung eines Klagerechts, nicht aber eine üble Nachrede als Beleidigung bedeutet, und man durch Provokation weder Rache noch Genugthuung fordert, sondern nur Schaden abwenden will.)

§. 23.

Welcher Richter ist als der zuständige anzusehen?

Der Zwek des Provokantens bei unserem Rechtsmittel gehet blos dahin, von den Ansprüchen des Diffamanten sich zu befreien, und auf immer dagegen sich sicher zu stellen; ausserdem aber ist der Provokationsprozeß ein blos vorbereitender der also von der Hauptsache abhänget. Nach der Natur der Sache mithin sowohl, als auch nach den in der Mitte liegenden Reichsgesezen (a) ist der gehörige Richter des Provokantens und Diffamatens als der zuständige in dem Provokationsprozeß anzusehen (b), so jedoch, daß die Aufforderung in Ansehung der Hauptsache keine Prävention würket, der Provokat und Diffamant folglich unter mehreren zuständigen Richtern des Provokantens und Diffamatens ganzfreie Wahl behält (c).

a) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 27. Koch Diss. citat. Cap. II. §. 15. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 603. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 129.

b) Koch l. c. Cap. I. §. 10. Joach. Mynsinger Cent. 6. Obs. 90. n. 3. Gail Lib. I. Obs. 9. n. 3 Leyser Spec. 81. M. 3. 4. Schaumburg Principia praxeos juridicæ judiciariæ. Lib. II. Cap. 6. §. 3. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 271. Andere halten einen jeden Richter, der nur den Zweig der Gerichtsbarkeit, zu welchem die Hauptsache gehöret hat, wenn er gleich sonsten weder in Ansehung des Diffamaten, noch auch des Diffamanten der gehörige ist, für zuständig. Berger Electa processus provocatorii. §. 20. 21. Mevius P. III. Dec. 212. 313. Carpzov Lib. III. Decis. 213. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. §. 3. Wernher P. I. Obs. 314. P. V. Obs 109. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 5. §. 2. Andere endlich sehen den gehörigen Richter des Diffamanten und Provokaten als den einzigen zuständigen an. Jo. Hartwich. Reuter Diss. de foro competenti provocationum ex practica L. diffamari u. C. de ingen. manumiss. et L. si contendat. 28 D. de fidejussoribus. Hal. 1751. (Richtiger ist wohl die Meynung, daß weil eine Provokation nicht nothwendig ein Hauptverfahren herbeyführt, die Provokation sowohl bey dem Richter des Provokanten als des Provokaten angebracht werden könne.)

c) Mevius P. VI. Dec. 9. n. 6. Wernher P. I. Obs. 211. Berger l. c. §. 22. Schaumburg l. c. §. 8. Meine Grundsätze ꝛc. §. 39. No. 4. S. 103.

§. 24.

Provokationsschrift.

In der dem Richter einzureichenden Provokationsschrift macht 1.) die Erzählung der geschehenen nachtheiligen Aussprengung den Anfang; 2.) eine gleichbaldige Bescheinigung der wirklich geschehenen Diffamation ist unumgänglich nothwendig (a); 3.) bei eintretendem

tendem Zweifel stehet die Ausführung, daß die Aussprengung so geartet sey, daß sie die Aufforderung zur Klage begründet hier an ihrem rechten Orte (b); 4.) nach Befinden der Umstände kann die Bemerkung, daß der Provokat derjenige sey, gegen den die Aufforderung statt findet, mit Stillschweigen nicht übergangen werden; eben so ist 5.) allenfalls wegen der Zuständigkeit des angegangenen Richters das nöthige zu bemerken 6.) das Gesuch endlich gehet dahin: dem Diffamanten aufzugeben, das angemaßte Recht binnen einer gewissen Frist vor dem gehörigen Richter klagend gebührend anzubringen, oder aber sich zu gewärtigen, daß ein ewiges Stilleschweigen ihm werde aufgeleget werden.

a) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 27. pr. J. R. A. §. 83. Berger Electa processus provocatorii. §. 26. 27. 28. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 273. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 5. §. 4. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. V. §. 12. Wernher P. I. Obs. 228. Mevius P. III. Decis. 393. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 5.

b) Claproth a. a. O. §. 274.

* Die Rubrik der Provokationsschrift ist also einzurichten:

Genöthigte Aufforderung zur Klage
von Seiten
NN. Provokantens und Diffamatens an einem
wider
NN. Provokaten und Diffamanten am anderen
Eine ungegründete Aussprengung
betreffend.

§. 25.

Verfügung des Richters auf die eingereichte Provokationsschrift.

Der Richter muß die ihm übergebene Provokationsschrift von allen Seiten sorgfältig prüfen, wenn die bisher angegebenen Erfordernisse nicht vorhanden sind, die Aufforderung als unstatthaft verwerfen, oder die Wegräumung der allenfalls eintretenden Zweifel, besonders in Ansehung der Bescheinigung der angeblichen Aussprengung wie auch der Begründung der Gerichtsbarkeit mittelst passender Vorbescheide auflegen. Stehet hingegen der Zuläßigkeit der Provokation nichts im Wege; so ist die eingereichte Auffoderung dem Provokaten mitzutheilen, und demselben zugleich zu befehlen, die angesprochene Klage binnen der gegebenen Frist behörig anzustellen; oder aber sich zu gewärtigen, daß ihm ein ewiges Stilleschweigen werde aufgelegt werden.

§. 26.

Der Provokant erscheint in dem von dem Richter anberaumten Termine nicht.

Hat der Richter etwa zu der mündlichen Vernehmlassung der Partien einen Termin anberaumet und der Provokant lässet denselben ungehorsam verstreichen; so dringet der Provokat mit Recht auf Entbindung von der Instanz, und den Ersaz der Kosten (a). Eben dieses tritt dann auch in dem Fall ein, wenn der Provokant nach der von dem Provokaten eingereichten Vernehmlassung (b) mit seiner weitern Handlung ungehorsam zurückbleibet (c).

a) Meine Grundsätze rc. §. 119. 457.

b) Siehe unten §. 30.

c) Meine

c) Meine Grundsätze rc. §. 459. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 280. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 5. §. 5. Berger Electa processus provocatorii. §. 29.

§. 27.

Der Provokat lässet die von dem Richter anberaumte Frist ungehorsam verstreichen.

War die von dem Richter dem Provokaten zu Einreichung seiner Vernehmlassung anberaumte Frist gleich Anfangs eine peremtorische (a), und jener lässet solche, ohne daß er eine Erstreckung erhalten hat, ungehorsam verstreichen; so bleibet dem Richter nichts mehr übrig, als, auf die von dem Provokanten angebrachte Ungehorsams Beschuldigung, die angedrohete Strafe des ewigen Stilleschweigens nun wirklich zu erkennen. In dem entgegen gesezten Falle aber müssen die gewöhnlichen weiteren Frist Ertheilungen jenem endlichen Erkenntnisse freilich vorangehen (b).

a) (Da Auflegung eines ewigen Stillschweigens ein Verlust des Klagerechts ist, so kann hiezu so wenig als zur Verurtheilung des Beklagten wegen seinem Ungehorsam der erste Termin als peremtorisch angesetzt werden, denn es stehet wohl nicht in des Richters Gewalt, nach Willkühr peremtorische Termine anzusetzen.)

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 281. Berger Electa processus provocatorii. §. 30-35. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 5. §. 6. Vergl. noch Leyser Spec. 81. M. 8. et Cor. 3. — Die Formel eines solchen endlichen Erkenntnisses kann diese seyn: Daß Provokat an Anstellung seiner Klage, wenn er gleich deren eine wider Provokanten haben möchte, sich versäumet, derowegen damit ferner nicht zu hören, sondern es wird ihm nunmehro ein ewiges Stilleschwei-

leschweigen billig auferleget, er ist auch die auf diesen Prozeß verwandte Kosten, nach vorgehenden deren Ansaz und richterlichen Ermäßigung, Provokanten zu erstatten schuldig.

§. 28.

Der Provokat erscheint, und erkläret sich zu Anbringung der angesprochenen Klage bereit.

Mit dem Augenblik, wo der Provokat die in Frage stehende Klage behörig anbringet, hat auch der Provokationspreß, als ein blos präparatorischer sein Ende. Erkennet der Provokant mehrere gleich befugte Richter über sich; so kann der Provokat unter diesen wählen und er erfüllet die ihm obliegende Verbindlichkeit, wenn er dem von dem Provokanten angegangenen Richter, im Fall dieser nicht selbst gewählet worden, die getroffene Wahl behörig bekannt macht. Ist hingegen derjenige Richter, bei dem die Aufforderung angebracht worden ist, auch in Ansehung der Hauptsache der einzig zuständige; so hat der Provokat keinen andern Ausweg, als vor diesem die angesprochene Klage sogleich anzustellen, oder zu Anbringung derselben eine Frist sich zu erbitten (a).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 277. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 3. §. 8. Berger Electa processus provocatorii. §. 45. 46.

§. 29.

Der Provokat erscheinet, und läugnet die vorgebliche nachtheilige Ausssprengung.

Nicht selten läugnet der Provokat die von dem Provokanten angegebene nachtheilige Ausssprengung ganz, und

und sezet diesen dadurch in die Nothwendigkeit, die bei der Einreichung der Provokationsschrift noch nicht befriedigend geführte Bescheinigung nun noch zu ergänzen (a), und jenes allenfalsige Gegenbescheinigung zu gewärtigen.

a) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 27. §. 1. J. R. A. §. 83. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 278.

§. 30.

Der Provokat erscheinet und schüzet Einreden gegen die Aufforderung vor.

Bei der Vernehmlassung des Provokaten ist vorzüglich darauf Rüksicht zu nehmen, daß derselbe keine Gründe einmische, die nur die Hautsache, nicht aber die Statthaftigkeit der Aufforderung betreffen. Von verzögerlichen Einreden können blos solche zugelassen werden, die das Wesen des Provokationsprozesses angehen, und weil der Provokant Beklagter in der Hauptsache ist, so kann der Provokat Sicherheit wegen der Wiederklage und Kosten von ihm nicht fordern (a), überhaupt aber ist bei Vorschüzung der verzögerlichen Schuzreden in diesem Falle alle Vorsicht um so mehr nöthig, da der Provokat, wann der Richter dieselben offenbar unstatthaft findet, der Strafe des Ungehorsams sich aussezet (b). Die zerstörlichen Ausflüchte, die die Verwerfung der Aufforderung als unstatthaft bezweken, können nur aus den im vorhergehenden angegebenen Erfordernissen dieses Rechtsmittels abgeleitet werden (c).

a) Berger Electa processus provocatorii. §. 25.

b)

b) Leyser Spec. 81. M. 5.

c) Berger l. c. §. 38. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 279. Mevius P. VIII. Decis. 53.

§. 31.
Endliche richterliche Entscheidung.

Die Partien brauchen nach der von dem Provokaten eingereichten Vernehmlassung nur dann noch weiter gehört zu werden, wenn durch diese die Sache noch nicht hinreichend aufgekläret ist. Findet nun der Richter entweder gleich jezo, oder nach den vorgängigen weitern Handlungen der streitenden Theile die angebrachte Auffoderung offenbar unstatthaft; so verwirft er sie. Hat hingegen der Provokant seine Provokation gegen alle Einwendungen des Provokaten nothdürftig vertheidiget; so erfolget ein dem Gesuche jenes entsprechendes Erkenntniß (a).

a) Die Formel kann z. B. diese seyn: dieweil Provokat auf die erhobene Provokation sich eingelassen, und derselben nothdürftig überführet worden; so ist er seine Hauptklage binnen — anzustellen verbunden, in Verbleibung dessen wird er mit den Ansprüchen, so er wider Provokanten zu haben vermeinet, ferner nicht gehöret, sondern ihm ein ewiges Stilleschweigen billig auferleget.

* Lässet der Provokat die in dem Endurthel anberaumte Frist ungehorsam verstreichen; so treten die oben vorgetragenen Grundsätze ein. Mevius P. III. Decis. 55.

** In Ansehung der Rechtsmittel gegen die richterlichen Verfügungen ist hier nichts besonderes anzumerken. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1416.

§. 32

Wirkung des dem Provokaten von dem Richter aufgelegten Stilleschweigens.

Sezet der Provokat, des ihm aufgelegten Stilleschweigens ohngeachtet, die nachtheilige Aussprengung und Berühmung fort; so ist es die Pflicht des Richters, durch nachdrückliche Befehle, und unter Androhung angemessener Geld- oder Gefängnißstrafen solches zu verbieten, auch bei fortdauerndem Ungehorsam die angedrohten Strafen zu vollziehen, und in der Folge verhältnißmäßig zu erhöhen (a) Klagen kann der Provokat nun nicht mehr, noch auch das ehemals angesprochene Recht, wenn er von dem Provokanten belanget wird, mittelst Vorschüzung einer Einrede gerichtlich verfolgen (b) Das alles jedoch trifft blos die streitende Partien, und kann den Rechten eines Dritten nicht nachtheilig werden (c).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 281.

b) Textor ad Rec. imper. nov. Disp. V. th. 45. Berlich P. II. Decis. 271. n. 16. 17.

c) Lynker P. II. Decis. 695. Berger Electa processus provocatorii. §. 42.

§ 33.

B.) Aufforderung wegen einer dem künftigen Beklagten zum Nachtheile gereichenden Verzögerung der Klage.

Die Aufforderung wegen einer dem künftigen Beklagten zum Nachtheile gereichenden Verzögerung der Klage (provocatio ex L. si contendat) ist dasjenige Rechtsmittel,

mittel, wo derjenige, gegen welchen einem Dritten ein Klagerecht zusteht, diesen auffordert, seine Klage gleich jezo gebührend anzubringen, weil bei längerer Verzögerung ihm, dem künftigen Beklagten, irgend ein Nachtheil zuwachsen würde, den er auf keine andere Art, als durch diese Aufforderung abwenden kann. Die streitenden Theile führen die Namen Provokant und Provokat.

§. 34.

Erfordernisse zu dieser Aufforderung.

Die Aufforderung wegen einer dem künftigen Beklagten nachtheiligen Verzögerung der Klage leistet zwar 1.) hauptsächlich dann Nuzen, wenn dem Beklagten eine, oder mehrere, auf die Entscheidung der Hauptsache Einfluß habende Einreden zustehen, von welchen er fürchten muß, er werde sie nach einiger Zeit ganz verliehren, oder sie werden doch für ihn unbrauchbar und wirkungslos werden; allein 2.) es lassen sich doch noch mehrere Fälle denken, wo dem Provokanten, als künftigem Beklagten aus guten Gründen sehr viel daran gelegen ist, eine Streitigkeit gleich jezo beigeleget zu sehen, und in allen solchen Fällen gestattet der Gerichtsbrauch die Provokation (a) Ausserdem ist aber 3.) nothwendig vorauszusezen, daß dem Provokanten solche Einreden zustehen, die gültig hätten vorgeschüzet werden können, wenn der Provokat freiwillig seine Klage erhoben hätte (b. Nicht weniger muß 4.) der Provokat schon jezo ein Klagerecht haben, wenn nicht etwa, in so ferne blos von den Befugnissen des Provokanten die Rede ist, dieser durch das Anbringen der Provokation seinen Rechten selbst entsaget (c) Endlich 5.) tritt diese Aufforderung, als ein

auf-

ausserordentliches Rechtsmittel nur dann ein, wenn der Provokant den ihm bevorstehenden Nachtheil auf keine andere Art von sich abwenden kann. (d)

a) Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1407. Schaumburg Principia prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 9. Wernher P. V. Obs. 72. Berger Electa processus provocatorii. §. 50. 51. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 285. 286. Brunnemann ad L. 28. D. de fidejussor. No. 1. 2.

b) Hofmann a. a. O. §. 1420. Stryk Introductio ad praxin forensem. Cap. V. §. 7. Brunnemann l. c. No. 4. Gribner Principia processus judiciarii. Lib. II Cap. VIII. §. 3. Berger l. c. §. 52. Schilter Exercitat. 13. Th. 19. Schaumburg l. c. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI. §. 6. Gottl. Wernsdorf Diss. de remedio provocatorio ex L. si contendat., in processu executivo. Vitemb. 1773. Bernh. Fried. Lauhns Nuzbarer Gebrauch des wider klare Brief und Siegel anzustellenden remedii provocatorii, welches ex L. si contendat 28. D. de fidejussoribus ohne allen Grund hergeleitet worden. Leipzig 1746.

c) Hofmann a. a. O. §. 1420. Stryk l. c. §. 9. Schaumburg l. c. Berger l. c. §. 51. Brunnemann l. c. No. 10. 11.

d) Claproth a. a. O. §. 285. 286.

§. 35.

Streitende Partien, und Richter.

Der rechtmäßig Beklagte in Ansehung der Hauptsache ist der Provokant, und derjenige, dem ein Klagerecht wirklich zustehet, der Provokat. Gleich nach angebrachter Hauptklage und also geendigtem Provokationsprozeß aber tritt ein jeder in seine eigentliche

Stelle

Stelle zurück. Bei Beurtheilung der Zuständigkeit des Richters sind die Grundsäze, die bei der Aufforderung wegen einer nachtheiligen Aussprengung statt finden durchaus anwendbar (a).

a) Brunnemann ad L. 28. D. de fidejussor. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 283.

§. 36.

Provokationsschrift.

In der von dem Provokanten einzureichenden Provokationsschrift wird 1.) des dem Provokaten zustehenden Klagerechts Erwähnung gethan; sodann 2.) der Grund umständlich angegeben, aus welchem die Befugniß des Provokanten, auf die gleichbaldige Anstellung der Klage zu dringen, fliesset; hierauf 3.) die Statthaftigkeit der Provokation selbst ausser Zweifel gestellet auch 4.) das nöthige wegen der streitenden Theile sowohl, als auch wegen der Zuständigkeit des Richters bemerket; und endlich 5.) das der Lage der Sache, und den Absichten des Provokanten angemessene Gesuch beigefüget. In allen Fällen gehet zwar dieses dahin, daß dem Provokaten befohlen werde, binnen einer gewissen Frist seine Klage anzubringen; allein auf den Fall der Nichtbefolgung hat nicht einerlei Bitte statt. So kann z. B. gebeten werden, daß die angegebenen Schuzreden gegen die Ansprüche des Provokaten auf immer für kräftig und wirksam mögen erkläret werden; daß der Provokant zum Beweise seiner Einreden möge zugelassen werden, daß der in Frage stehende Umstand für eingestanden, oder die beigebrachten Urkunden für anerkannt mögen erkläret werden; daß der Provokat

mit

mit seinen Ansprüchen ab, und zur Ruhe möge verwiesen werden u. s. w (a).

a) Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1418. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 287. Berger Electa processus provocatorii. §. 48. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI. §. 12. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II Cap. VI. §. 11. Wernher P. VII. Obs. 287. Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. 366. 367.

* Die Rubrik der Provokationsschrift kann diese seyn:
Gemüßigte Aufforderung zur Klage
von Seiten
NN. Provokantens an einem
wider
NN. Provokaten am andern Theil.
Wegen verzögerter Klage.

** Es ist eine ganz irrige Vorstellung, wenn einige glauben, diese Provokation sey eigentlich eine Aufforderung zu Beibringung der Replik, nicht aber der Klage, und das Anbringen einer Klage sey daher überflüßig. Auf diese Weise wird eines Theils der Begriff unseres Rechtsmittels zu sehr verenget, §. 85. No. 1. 2.), andern Theils aber müßte nothwendig die größte Unordnung entstehen, wenn die Verhandlung der Hauptsache mit der Replik ihren Anfang nähme. Claproth a. a. O. §. 286.

§. 37.

Verfügung des Richters auf die eingereichte Provokationsschrift.

Neben dem, daß in Ansehung der streitenden Theile und der Begründung der Gerichtsbarkeit alle Zweifel beseitiget seyn müssen hat der Richter vorzüglich darauf Rüksicht zu nehmen, ob der Provokant eine gegründete Ursach zur Aufforderung habe, und der Provokat zu gleich baldiger Anbringung seiner Klage rechtlich

rechtlich gehalten sey. Fehlt es an einem, oder dem andern dieser Erfordernisse offenbar; so ist die angebrachte Provokation sogleich abzuschlagen. Bleibet hingegen die Sache, so wie sie vorlieget noch zweifelhaft; so kann durch Erlassung zweckmäßiger Vorbescheide ein Versuch, die Bedenklichkeiten zu heben gemacht werden. Stehet aber endlich dem Gesuche des Provokanten nichts im Wege; so muß der Richter demselben entsprechen, und aus den Umständen beurtheilen, ob auf den Fall der Nichtbefolgung des richterlichen Befehls gleich jezo eine Strafe anzudrohen sey, oder nicht (a).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 288. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1421.

§. 38.

Der Provokat erscheinet auf den an ihn erlassenen richterlichen Befehl.

So bald der Provokat auf den an ihn erlassenen richterlichen Befehl die Hauptklage entweder wirklich anstellet, oder doch zu Anstellung derselben sich bereit erkläret, hat auch der Provocationsprozeß ein Ende. Bestreitet hingegen derselbe die Zuläßigkeit der Aufforderung; so muß der Richter durch seine Entscheidung dem Zwist ein Ende machen (a).

a) Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1423. 1424. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 289. 290. 291.

§. 39.

Der Provokant, oder der Provokat sind gegen die richterliche Verfügung ungehorsam.

Der Ungehorsam des Provokanten gegen die ergangene richterliche Verordnung ziehet auch hier die Folge nach sich, daß der Provokat auf sein Anhalten von der Instanz entbunden wird. Läßt hingegen der Provokat die anberaumte Frist fruchtlos verstreichen, so wird entweder sogleich oder nach weiter gegebenen Terminen auf die im Fall der Nichtbefolgung angedrohte Strafe erkannt (a).

a) Hofmann Teutsche Reichspraxis. Th. II. §. 1422. Claproth summar. Prozeß. §. 292. Hommel Teutscher Flavius. S. 570. Siehe noch Lauterbach de remedio L. ſi contendat de fidejuſſ. Tübing. 1668. in Vol. III. Diſſertat.

Fünftes Hauptstück.

Von dem Rechnungsprozeß.

§. 40.

Begriff des Rechnungsprozesses.

Nicht nur im administrativen Theile des Staatsdienstes, sondern auch im bürgerlichen Leben unter Privaten kommen Verrechnungen sehr häufig vor, und die eigenthümliche Rechnungsform, der Geist des Rechnungswesens bringen in einem darüber entstehenden gerichtlichen Verfahren soviele Eigenthümlichkeiten hervor, daß es nothwendig ist, das Verfahren in Rechnungssachen (a) als eine besonders modificirte Art des summarischen Prozesses besonders abzuhandeln. Wenn man dasjenige abrechnet, was zur Theorie des Privatrechts (Pflichten der Administratoren) oder zur Praxis (Rechnungsform) oder zur Staatsaufsicht gehört, so muß das gerichtliche Verfahren unter zwey Gesichtspunkte gestellt werden, wie nämlich A) vom Verfahren über Stellung der Rechnung, oder B) nach der Rechnungsablege über die gestellte Rechnung die Rede ist,

a) Lange vom Rechnungswesen. Bayreuth 1776. Claproth Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen. Göttingen. 1783. Rebmann von dem gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren in Rechnungsangelegenheiten. Erlang, 1789. Gönner Handb. B. IV. Abh. 75.

§. 41.

§. 41.

A) Verfahren über die Stellung der Rechnung.

Das Verfahren über die Rechnungsablage ist I. ein präparatorisches, folglich an sich schon summarisch, und man kann II. auf Rechnungsablage nicht nur 1) in einem abgesonderten Verfahren dringen, sondern 2) sogar eine Cumulation der Klage auf Ablage der Rechnung mit der Klage auf Leistung der hieraus resultirenden Verbindlichkeiten bringt als eine blos successive Klagenhäufung am schleunigen Verfahren rüksichtlich des ersten Punktes keine Aenderung hervor. III. Das Verfahren beginnt mit dem Antrage auf Ablage der Rechnung, womit nach dem Grade der etwa vorhandenen Gefahr Nebengesuche um eine Provisionalverfügung verbunden werden können IV. In der Regel sezt der Richter, wenn die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage bescheiniget ist, durch ein unbedingtes Mandat einen Termin zur Rechnungsablage an, seine Provisionalverfügungen richten sich nach den unten anzugebenden allgemeinen Regeln. V. Bestreitet der Gegentheil seine Verbindlichkeit, Rechnung abzulegen, so bildet dieses eine Präjudicialsache, welche in einem der Hauptsache angemessenen Verfahren erlediget werden muß. VI. Mit der Rechnungsablage hat das präparatorische Verfahren ein Ende. VII. Läßt der Rechnungssteller zwey Termine fruchtlos verstreichen, so wird ihm der lezte Termin unter dem Präjudiz angesezt, daß zur Herstellung der Rechnung auf des säumigen Theiles Kosten Jemand von Amtswegen aufgestellt werden solle. VIII. Das Subjekt benennt der Richter aus den Rechnungsverständigen, doch kann sich der Administrator das ernannte Subjekt verbitten. IX.

Seiner Widerspänstigkeit in Herausgabe der Materialien zur Rechnungsstellung an das ernannte Subjekt kann nur durch gerichtlichen Zwang mit wirklicher Abnahme der einschlagenden Aktion und Rechnungsbelegen begegnet werden. X. Wenn durch Entweichung oder Bosheit der Verwalter keine Materialien vorhanden sind, so legt man die lezte Rechnung oder das Inventarium zum Grund, und sucht die wirkliche Einnahme und Ausgabe im Untersuchungswege durch öffentliche Vorladungen aller, welche zu einer Verwaltung etwas bezahlt, oder daraus erhalten haben, zu erforschen. XI. Wirkt endlich der Administrator zur Rechnung, welche der von Amtswegen ernannte Sachverständige ablegte, nicht bey, so wird sie ihm in Duplikat zu etwanigen Nachträgen und Verbesserungen unter der Verwarnung mitgetheilt, daß bey Verstreichung des Termins die Rechnung als von ihm genehmiget angesehen werden solle.

§. 42.

B) Verfahren über eine abgelegte Rechnung, 1) ob die Rechnung als Klage oder als Einrede zu betrachten sey?

Die Rechnung erscheint im Rechnungsprozesse als die erste Schrift, weshalb auch viele Rechtslehrer (a) sie als den ersten Satz ansehen. Allein da der Rechnungssteller das Subjekt ist, von welchem die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gefordert wird, so muß derselbe als Beklagter, und die Rechnung als Exceptionssatz angesehen werden. Bey dem klaren Rechte des Eigenthümers, die Berechnung über die Einnahme zu fordern, wird sehr oft eine besondere Klage auf Stellung der Rechnung und Leistung des Rezesses für überflüssig angesehen. Was daher der

Rech-

Rechnungssteller als wirkliche Einnahme aufstellt, ist Bekenntniß seiner Verbindlichkeit, folglich Litiscontestation, und zwar für dasjenige, was er nicht vereinnahmt, eine negative, die hier weder specifisch noch ausdrücklich seyn muß; soferne der Rechnungssteller Aufrechnungen vorträgt, welche die reine Einnahme mindern, enthält die Rechnung zerstöhrliches Vorbringen (b).

a) Claproth a. a. O. S. 60.

b) Gönner a. a. O. §. 9.

§. 43.

2) Weiteres Verfahren nach mitgetheilter Rechnung.

Die Rechnung wird I. dem Eigenthümer zur Einreichung seiner Erinnerungen (Monita, Defectatorium, Bedenken) innerhalb eines angemessenen Termins mitgetheilt. II. Ist die Rechnung so verworren, daß man sich aus derselben nicht finden kann, so wird auf Zurückgabe derselben angetragen, man kann auch aus den angesezten Posten eine bessere Rechnung aufstellen. III. Nach Ordnung der Rechnungsrubriken (Titel der Einnahme und Ausgabe) werden theils allgemeine, theils besondere Erinnerungen gemacht, die entweder den Calcul oder einzelne Rechnungsposten angehen; allemal muß der Grund jeder Erinnerung bestimmt angegeben werden. IV. In Bestreitung einzelner Rechnungsposten bestehen die Erinnerungen rücksichtlich 1) der Einnahme in der Behauptung des Klägers, daß mehr eingenommen wurde oder wenigstens eingenommen werden sollte, als vereinnahmt ist: 2) in Rücksicht der Ausgabe bestreitet

man entweder das Faktum der Zahlung oder die Aufrechnungsbefugniß, das letzte entweder durch Ableugnung dessen, was der Rechnungssteller vorbrachte, oder durch Aufstellung neuer Behauptungen. V. Die Bedenken werden dem Rechnungssteller zur Beantwortung mitgetheilt, womit sich, als mit der Duplik, das erste Verfahren endiget. VI. Die Beweislast wird im Rechnungsverfahren sehr oft dadurch auf den Rechnungssteller gewälzt, daß er durch besondere Instructionen an besondere Formen der Beweismittel und selbst zum Beweise, daß gerade soviel, als er angiebt, eingenommen wurde, verbunden werden kann; doch bleibt im Mangel solcher speciellen Bestimmungen die Regel von der Beweislast auch im Rechnungsprozeße aufrecht. VII. In dem Urtheil wird 1) alles Nichtmonirte als unstreitig und richtig angesehen; 2) eben dieses geschiehet in Ansehung der vom Rechnungssteller zugestandenen Bedenken. 3) Beruhet die Entscheidung des Streitigen auf Regeln des Rechnungswesens, so wird die Beyziehung von Rechnungsverständigen nothwendig. VIII. Rücksichtlich der Appellationsbefugniß ist nichts besonderes zu bemerken. IX. Nach rechtskräftigem Urtheil wird ein Termin zur Finalberechnung angesetzt, von welcher die Basis in der Rechnungsbilance bestehet, zu welcher beygesetzt wird, was dem Rechnungsleister vermöge der gegründeten Erinnerungen zur Last fällt, und wovon man abziehet, was ihm etwa aus Rechnungsverstoßen oder Nachträgen von Ausgaben zu gut gehet.

§. 44.

3) Herstellung eines respektiven Liquidums.

Im Rechnungsprozesse liegt I. kein Grund, denselben als ein Exekutivverfahren anzusehen und den Satz: liquidi cum illiquido nulla est compensatio zu dem Ende in Anwendung zu bringen, daß die in Einnahme gestellte Posten als liquide Schuld betrachtet und der Rechnungssteller zu ihrer Zahlung angehalten werden müsse, wenn nicht seine Aufrechnungen eben so liquid sind. II. Von dieser Regel ist ausgenommen 1) das respective Liquidum, wenn nämlich nach der Rechnung, während man streitet, ob der Rechnungssteller nicht mehr schulde, ausgemittelt werden kann, wieviel er nach seinen eigenen Ansätzen gewiß schulde; dieses kann als unbestritten sogleich exequirt werden; es ist jedoch wohl zu merken, daß alle illiquide Aufrechnungen des Rechnungsstellers demselben hier zu gutem gerechnet werden müssen, und nicht der Rechnungssteller mit seinen Abrechnungen, sondern der Eigenthümer mit seinen Forderungen zur weiteren Verhandlung hingewiesen werden müsse. 2) Wenn nach besonderen Rechnungsinstructionen zum Rechtsbestand einer Aufrechnung besondere Bedingungen vorgeschrieben sind, und ohne deren Erfüllung Aufrechnungen vorkommen, so werden diese nicht als zweifelhaft (illiquid), sondern als offenbar unzulässig gestrichen. 3) Eben dieses geschiehet, wenn ganz wider den Geist des Rechnungswesens der Rechnungssteller Posten in Aufrechnung bringen will, welche ausser der geführten Verwaltung liegen, denn hier kann er seine liquide Rechnungsschuld mit einer Gegenforderung aus einem fremdartigen Geschäfte nur

nur dann compensiren, wenn diese sogleich liquid gemacht werden kann (a).

a) Man sehe hierüber Gönner Handb. B. IV. Abh. 75. §. 14.

§. 45.

4) Anfechtung justificirter Rechnungen.

Sehr bestritten ist die Frage, ob gegen eine geprüfte und justificirte Rechnung eine neue Anfechtung statt finde (a). I. Ist die Rechnung aussergerichtlich geprüft und anerkannt worden, so kann diese Handlung als Privatquittung sowohl wegen Betrug als wegen Irrthum angefochten werden, wenn nicht entweder ein Transact unterlief, oder die Absicht eines Nachlasses zum Grunde lag (b). II. Ist aber im Rechnungsprozesse über die Rechnung erkannt worden, so kann 1) wegen einem streitigen Aufrechnungsgrunde oder wegen Mangel an Beweisen das ergangene Erkenntniß rechtskräftig werden, und hier ist eine weitere Anfechtung nur durch ausserordentliche Rechtsmittel, Nullitätsklage oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, erlaubt (c); 2) kommt es auf einen blosen Fehler in der Zusammenrechnung (error calculi, computationis) an, so kann dessen Verbesserung noch in dreisig Jahren gefordert werden (d): 3) der Fiscus kann gegen justificirte Rechnungen solange klagen, bis die vierzigjährige Verjährungszeit erloschen ist (e). 4) Minderjährige und Kirchen müssen nach den besondern ihnen zustehenden Rechtswohlthaten beurtheilt werden (f).

a) Die verschiedenen Meynungen der Gelehrten s. bey Rebmann a. a. O. S. 172 — 187.

b)

b) L. un, C. de errore calculi. L. 8. D. de administr. rerum ad civit. pertinent.

c) L. 1. §. 1. D. quæ sentent. sine appell. rescind. „— quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur — si vero ideo, quoniam et alios species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est„ eine sehr merkwürdige Stelle.,

d) Die angeführten Gesetze; doch macht Claproth a. a. O. §. 12. und 25. die richtige Beschränkung, wenn nicht über den Rechnungsverstoß gestritten und rechtskräftig erkannt wurde.

e) L. 13. pr. et §. 1. de divers. tempor. praescr. Die hier angesetzte Verjährungszeit von 10. und 20. Jahren ist durch die später erweiterte Verjährungszeit gegen den Fiscus aufgehoben. Lange u. Rebmann a. a. O.

f) L. 2. C. si tutor vel curator intervenerit. überh. s. Gönner a. a. O. §. 17.

Sechstes Hauptstück.

Von dem Theilungs- und Absonderungsprozeß.

§. 46.

Gegenstände desselben.

Bey den verschiedenen Theilungen und Auseinandersetzungen mehrerer an einer Sache berechtigten Individuen, welche durch den Richter geleitet werden, durchkreuzen sich die Geschäfte und gerichtliche Handlungen auf eine so mannichfaltige Weise, daß diese Theilungen, ob ihnen gleich der ordentliche oder unbestimmte summarische Prozeß zum Vorbilde dienen muß, als eine eigenthümliche Verfahrungsart erscheinen (a). Hieher gehören A) Erbschafts-Theilungen, B) Sonderung des Lehens oder Stammguts vom Allodium, C) Separationen bey kaufmännischen Societäten, D) Abtheilung der Gemeindegüter.

a) Man sehe hievon überhaupt Gönner Handb. B. IV. Abh. 76.

§. 47.

A) Erbschaftstheilungen 1) wenn das Miterbrecht streitig ist.

Ist bey Erbschaftstheilungen das Erbrecht selbst entweder überhaupt oder wegen der Größe des Antheils streitig,

streitig, so werden 1) hierüber im gewöhnlichen Laufe Verhandlungen gepflogen, wobey jedoch auch possessorische Rechtsmittel (z. B. quorum bonorum, remed. ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo) statt finden können. 2) Die zur Erhaltung der Erbschaftsstücke oder sonst nöthige provisorische Verfügungen richten sich nach den hierüber unten vorzutragenden allgemeinen Regeln; auch kann 3) da, wo bey einem an sich unbestrittenen Miterbrecht nur der Anspruch auf einen grösseren Antheil den Streitgegenstand ausmacht, wegen den wechselweis als unstreitig zugestandenen Antheilen, als einem respectiven Liquidum (§. 44.), während des Streits über den höheren Antheil zur Execution geschritten werden.

§. 48.

2) Wenn das Miterbrecht unbestritten ist.

Ist das Miterbrecht ganz unbestritten, und zugleich I. unter den Interessenten weder über das Vertheilungsobjekt noch über die Theilungsprincipien ein Streit, so müssen über die Vertheilung der nach Abzug aller Schulden, Legate und Prälegate übrigen Masse Theilungsloose vom Richter gefertiget werden, worinn jedem Miterben die Stücke, welche seinen Antheil ausmachen, mit einer bestimmten Berechnung angewiesen sind. II. Gewöhnlicher ist aber der Fall, daß bey einer gerichtlichen Theilung auch Streitigkeiten vorkommen, welche eine Verhandlung und Entscheidung fordern. Sie betreffen entweder 1) die Richtigstellung der Masse durch Streitigkeiten über Conferenden, Edition des Inventars, Manifestationseid, Administrationsrechnungen, oder 2) die Art der Thei-

Theilung, Vorwahlsrecht, taxmäßigen Zuschlag eines Erbschaftsstückes oder 3) die Berechnung und Auszeichnung der Antheile selbst. III. Allemal gilt bey solchen Streitigkeiten 1) als Grundsatz, daß sie ein Judicium duplex seyen, wobey jeder Interessent nach Verschiedenheit einzelner Ansprüche bald des Klägers, bald des Beklagten Rolle vertritt. 2) Bey jedem entweder der Zahl oder der Sache nach weitschichtigen Erbschaftsstreit muß bey den Verhandlungen über einzelne Streitpunkte eine genaue Sonderung beobachtet werden. 3) Jeder streitige Punkt wird als Klage betrachtet, und je nachdem er verwickelt ist oder nicht, im ordentlichen oder unbestimmten summarischen Prozesse verhandelt; 4) ebenso erfolgt über jeden Punkt ein besonderes Erkenntniß, und werden auch mehrere Punkte in einem Urtheil zugleich entschieden, so müssen sie dennoch rücksichtlich der Rechtsmittel als besondere Urtheile angesehen werden. 5) Rechtsmittel haben dagegen sowohl als gegen das ganze Theilungsgeschäft allerdings Platz (a). Ist alles berichtiget, so wird über das ganze Theilungsgeschäft ein Theilungsprozeß gefertiget, und jedem Theilhaber sein besonderes Loos zugestellt (b).

a) Gebauer de hereto cito ob inæqualitatem in melius reformando. Gœtt. 1738. in dessen Exercit. Vol. I. N. 14.

b) Ebenso wird bey Abtheilung der Familienfideikommisse verfahren, nur macht der Gemeinwille der berechtigten Familienglieder, die Ergänzung der Einwilligung berechtigter Minorennen, öfters auch der landesherrliche Consens mehrere Vorarbeiten nothwendig. Die Grundsätze hierüber samt vollständigen Vorträgen über die wirkliche Auflösung eines solchen Fideikommisses s. in Gönner auserles. Rechtsfällen B. I. S. 359 — 442.

§. 49.

§. 49.

B) Sonderung des Lehens oder Stammguts vom Allodium.

Wenn bey Streitigkeiten über Sonderung des Lehens oder Stammguts vom Allodium I. die Lehens- oder Stammgutseigenschaft am Objekte im Ganzen oder in seinen Pertinenzstücken angefochten wird, so muß über diese wichtige Präjudicialfrage im ordentlichen Prozesse verhandelt werden. II. Eben dieses gilt, wenn dem Prätendenten die Legitimation bestritten wird. III. In Ansehung der Meliorationen und des hiemit verbundenen Retentionsrechtes muß jener, der Meliorationen behauptet, als Kläger angesehen werden, dem der Beweis über die Wahrheit einer solchen Melioration, deren Ersatz der Gegner leisten muß, obliegt (a).

a) über die Frage, wem während des Streits der Besitz gebühre, s. Gönner Hdb. B. IV. Abh. 76. §. 8 — 10.

§. 50.

C) Separation bey kaufmännischen Societäten.

Bey kaufmännischen Societäten muß I. über die Vorfrage, ob ein Socius nicht zur Unzeit auf Theilung dringe, wenn darüber gestritten wird, im ordentlichen Prozesse verhandelt werden. II. Einzelne Ansprüche aus einer Societät bedürfen über ihre Verhandlung keiner besondern Regeln. III. Ist aber die Handelssocietät im Ganzen unberichtiget und zweifelhaft, so kommt alles zunächst 1) auf Ausmittelung des Societätsvermögens mit Rücksicht auf dasjenige, was der Socius bereits erhoben oder aus Verschulden in

in die Masse zu conferiren hat, und 2) auf die Vertheilung des Societätsvermögens an. Die Leitung dieser Abtheilung ist nach der Analogie des Rechnungsprozesses und der Erbschaftstheilungen, woraus es zusammengesetzt ist, in der Verhandlung und Beendigung zu beurtheilen.

§. 51.

D) Abtheilung der Gemeindegüter.

Wenn Gemeindegüter und Huthplätze vertheilt werden sollen (a), so ist entweder I. unter den theilenden Subjekten ein eigentliches Miteigenthum (Condominium) vorhanden, wo denn die Condomini die gemeinschaftliche Sache nach ihren Eigenthumsraten abtheilen. Streitigkeiten über das Miteigenthum oder die Größe des Antheils werden im ordentlichen Prozesse verhandelt. Oder II. der Eigenthümer will sich von dem Servitutsberechtigten abtheilen, hier muß dem letzten ein seiner Servitut nach ihren rechtmäßigen Gränzen gleicher Antheil zugewiesen werden. Oder III. die Gemeindeglieder wollen ein Gemeindegut (bonum universitatis) unter sich vertheilen. Hier muß 1) über die Frage, welche Subjekte berechtiget seyen, ob sie wenigstens der Mehrzahl nach die Abtheilung wollen, und nach welchem Maasstab die Abtheilung geschehen soll, als über Präjudicialfragen verhandelt werden. 2) Ist dieses berichtiget; so wird unter Zuziehung von Sachverständigen und nach einer Vermessung des Distrikts der Ausschlag der Theile gemacht, wobei nicht blos auf die Quantität, sondern auch auf die Qualität des Platzes, um wirkliche Gleichheit der Antheile zu erreichen, Rücksicht genommen werden muß.

muß. 3) Die abgesteckten Theile werden im Mangel gütlicher Uebereinkunft am besten durch das Loos ihren Eigenthümern angewiesen. 4) Am zweckmäßigsten ist es, über das ganze Abtheilungsgeschäft einen Separationsrezeß zu fertigen.

a) Ueber diesen Gegenstand sind in neueren Zeiten viele Schriften erschienen, Runde Beiträge B. I. Abh. 1. Krüll Prüfungen 1. u. 4. Bdch. Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden in rechtlicher und staatswirthschaftlicher Rücksicht. Landsh. 1803. 8. Grundsätze der Gemeinheitstheilungs-Ordnung für das Fürstenthum Lüneburg mit einer Vorr. vom Hofr. Jacobi in Celle. Hannover 1803. F. v. Ende vermischte jurist. Abh. Thl. 1. No. 10. Jacobi Beschäftigungen mit Gemeinheits-Theilungs-Materien, Hannover 1803. 8. Mayer über die Gemeinheits-Theilung. Thl. I-III. Celle. 1801-1805. 4. Gaudliz de finibus inter jus singulorum & universitatis regundis. Lips. 1804.

Siebentes

Siebentes Hauptstück.

Von dem possessorischen Prozeß.

§. 52.

I. Theorie von Danz.

Verschiedene Arten des possessorischen Prozesses. Natur desselben im Allgemeinen.

Der possessorische Prozeß (a), je nachdem er entweder die Erlangung oder die Wiedererhaltung des verlohrnen, oder die Beibehaltung des Besitzes (nach den Interdictis adipiscendae, recuperandae vel retinendae possessionis) betrift, ist dreifach, hat aber in allen Fällen das eigene, daß er 1) ein summarischer ist, in welchem die bey dem ordentlichen petitorischen Prozeß üblichen Formalitäten nicht durchaus beobachtet werden (b); 2) daß bey demselben immer nur von dem Besitze, niemals von dem Rechte selbst die Frage ist (c); und daß er ebendeswegen dem Kläger manche Vortheile gewährt, die der ordentliche petitorische Prozeß nicht mit sich führt (d).

a) Die Lehre vom Besitz besonders in Ansehung der possessorischen Rechtsmittel und Streitigkeiten liegt für das in Deutschland geltende Recht, wenn seine verschiedene Quellen in ein Ganzes zusammengefaßt werden, noch sehr im Dunkeln; nach römischem Rechte haben wir sehr wichtige Aufschlüsse durch die gelehrte neuere Arbeiten erhalten, insbesondere verdienen eine Aus-

Auszeichnung Cuperus de natura possessionis. Leid. 1789. 4. und nach der neueren Ausgabe von Thibaut 1804. 8. Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. 8. F. C. v. Savigny das Recht des Besitzes. Gießen. 1803. 8.

b) Jo. Henr. Berger Elect. process. possess. §. 1. Just. Henn. Boehmer D. de vero usu remedii possess. ordinarii et summ. Cap. I. §. 7. in Exercit. ad Pand. Tom. V. p. 633. Schilter Exerc. ad Pand. Exerc. 13. Th. 10. Schaumburg Princ. prax. jud. Lib. II. Cap. 4. §. 2. Leyser spec. 409. m. I. Hofmann teutsche Reichspraxis. Th. II. §. 1444. In Ansehung des ordentlichen possessorischen Prozesses behaupten das Gegentheil Carpzov P. I. Resp. 9. n. 10. Wernher P. VII. Obs. 44. vergl. jedoch dessen vorhergehende Obs. 43.

c) L. 1. §. 3. D. uti possidet. §. 4. J. de interdict. Boehmer l. c. Cap. II. §. 8. Schilter l. c. Exerc. 47. Th. 61. Leyser Spec. 499. M. 4. 5. Ueber die Häufung des Rechts- und Besitzstandes, und des ordentlichen und jüngsten Besitzes siehe Meine Grundsätze 2c. §. 80. 85. Boehmer l. c. Cap. I. §. 10. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 34. Berger l. c. §. 40. seq. Schaumburg l. c. §. 1. Schilter l. c. Exercitat. 13. Th. 14.

d) L. 16. C. de probat. L. 24. D. de rei vindicat. L. 28. C. de rei vindicat. L. 11. C. de petit. hered. §. 4. J. de interdict. L. 11. D. de adquir. vel amitt. possess. §. 35. J. de rer. divis. L. 18. pr. D. de probat. Boehmer l. c. Cap. I. §. 6. Berger l. c. §. 39.

§. 53.

A) Possessorischer Prozeß zur Erlangung des Besitzes.

Betrifft der Gegenstand des Streites die Frage, ob der Implorant in einen Besiz, den er nie gehabt, und in dem ein anderer gegenwärtig sich befindet, zu sezen sey; so ist dieses ein possessorischer Prozeß zu Erlangung des Besizes (processus adipiscendæ possessionis). Die Natur der einzelnen hierher gehörigen Rechtsmittel wird in der Theorie entwikelt a), darinn jedoch kommen alle überein, daß sie auf Einräumung des Besizes gehen, und darauf sich gründen, daß der Implorant ein vermuthlich besseres Recht zu dem Besiz (jus possidendi) habe, als derjenige, der gegenwärtig in demselben sich befindet (b). Der Lauf des possessorischen Prozesses zu Erlangung des Besitzes kommt mit demjenigen des unbestimmten summarischen Prozesses fast ganz überein. Nur folgende nähere Bestimmungen verdienen hier angemerkt zu werden: 1.) auf Einreden, die das Recht betreffen, und einer weiteren Ausführung bedürfen, wird keine Rüksicht genommen (c) 2.) Alle an sich zuläßige Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse finden statt, und haben, wenn sonst nichts im Wege stehet, sowohl devolutive, als suspensive Wirkung (d) 3.) Die Sachen dieser Art sind häufiig zu bedingten, oder unbedingten Strafbefehlen geeigenschaftet (e).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 174: 233. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summar. Prozesse. § 119 - 179. Joh. Ludw. Schmidt Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 161 - 168. Boehmer Doctr, de actionibus, S. 11. Cap. III.

b)

b) Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 840.

c) L. 2. 3. C. quor. bonor. L. un. C. uti possidet. L. 3. §. 5. D. de adquir. vel amitt. possess. Boehmer Diss. cit. de vero usu remedii possessorii ordinarii et summarii. Cap. II. §. 8. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 146. Schilter Exercitat. ad Pand. Exerc. 47. Th. 61. Leyser Spec. 499. M. 4. 5.

d) c. 10. 15. x. de rest. spoliator. c. 11. x. de appellation. Clem. un. de causs. propr. et possess. Boehmer Diss. citat. Cap. I. §. 8. 9. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 199. Schmidt Theorie der summar. Prozesse. §. 127.

e) Boehmer Doctr. de action. Sect. II. Cap. IV. §. 6. seq. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 841.

§. 54.

B.) Possessorischer Prozeß zu Wiedererhaltung des verlohrnen Besizes.

Streiten die Partien darüber, ob derjenige, der in dem Besiz gewesen, aus demselben aber verdrungen worden, in denselben wieder zu sezen sey; so ist dieß ein possessorischer Prozeß zu Wiedererhaltung des verlohrnen Besizes, oder der Spolienprozeß (processus recuperandæ possessionis). Von den einzelnen hierher gehörigen Rechtsmitteln (a), und den verschiedenen Grundsäzen des römischen und kanonischen Rechts in Ansehung der Besizentsezung (b) wird in der Theorie gehandelt. Auf eine zweifache Weise indessen kann der Entsezte sein Recht verfolgen. Er kann

entweder die Spolienklage anstellen, oder die Ausflucht der Entsetzung vorschüzen (c).

a) Boehmer Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. IV. §. 32. seq. Joh. Ludw. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 201 - 218. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 211 - 219.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 90. Just. Hen. Boehmer Diss. de depravato exceptionis spolii. statu. §. 1 - 9. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. pag. 662. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1849. seq. Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. §. 686.

c) c. 2. x. de ordine cognition.

§. 55.

Spolienprozeß veranlaßt durch Vorschüzung der Ausflucht der Entsezung.

Die Einrede der Entsezung, wenn nur der Beweis derselben binnen 15. Tagen, von der Zeit an, da das den Beweis auflegende Urtheil in die Rechtskraft übergegangen ist, angetreten wird, ist in jedem Theile des Prozesses zuläßig, und hemmt in allen Fällen den Lauf der Hauptsache (a). Sie kann einer jeden Klage, wenn diese gleich mit ihr in ganz keiner Verbindung stehet, entgegen gesezt werden (b), findet jedoch gegen einen dritten Besizer in gutem Glauben nicht statt (c), und wird in der Absicht vorgeschüzet, daß der Kläger nicht gehöret werde, bis der Beklagte völlig in den vorigen Stand hergestellet ist (d). Darthun muß der Beklagte die geschehene Entsezung (e), wozu er aller, an sich zuläßiger Beweismittel, auch der Eideszuschiebung sich bedienen kann, so jedoch, daß nach der Art

aller

aller summarischen Sachen kein förmlicher Beweis erfordert wird, sondern Bescheinigung schon hinreichend ist (f).

a) Meine Grundsätze ꝛc. §. 166.

b) Ebendaselbst §. 154. Not. i. Das Gegentheil behauptet Mevius P. IV. Decis. 70.

c) c. 1. de restitut. spoliator. in 6. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 13. §. 16. 17. Das Gegentheil behauptet Mevius P. IV. Decis. 69.

d) c. 2. x. de ordine cognit. Boehmer l. c. §. 19. Meine Grundsätze ꝛc. §. 154. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Th. II. §. 1516. folg. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 92. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. X. §. 224. folg.

e) Siehe den folgenden §.

f) Estor a. a. O. §. 306-333. Wernher P. I. Obs. 350. Schaumburg Princip. prax. jur. judiciar. Lib. I. Sect. I. Mem. II. Cap. IV. §. 7. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 845. Siehe noch Boehmer Diss. cit. de depravato exceptionis spolii statu. §. 9. seq.

§. 56.

Spolienprozeß veranlaßt durch das Anbringen der Spolienklage.

Die Spolienklage kann nicht nur gegen den Entsezer, sondern auch gegen einen jeden dritten Besizer, der von der Entsezung Wissenschaft hat (a), nicht aber gegen denjenigen, der in gutem Glauben besizet, angestellet werden (b), und dauert dreisig Jahre (c). Der Implorant muß darthun, daß er in dem Besize sich befunden

funden habe (d), und aus demselben durch irgend eine widerrechtliche Handlung verdrungen worden sey (e). Nicht nur auf die Wiedererstattung der Hauptsache, sondern auch auf den Ersaz aller erhobenen und, im Fall vorhandener Arglist, oder Gewalt, zu erheben gewesener Nuzungen, und aller bei Gelegenheit der Entsezung zugefügter Schäden und Kosten ist das Gesuch zu richten (f). Von der Rechtmäßigkeit des Besizes ist hier die Frage nicht, und der Entsezte ist nur dann, wenn eine aus dem gemeinen Rechte entspringende Vermuthung gegen ihn streitet, den gesezlichen Grund seines Besizes anzugeben verbunden (g). Alle Einreden daher, die die Beschaffenheit des Besizes, oder das Recht selbst betreffen, werden hier, in der Regel, nicht zugelassen, und der Implorant muß sorgfältig sich hüten, daß er auf Einreden der Art sich nicht einläßt indem er sonsten dem Spolienprozeß stillschweigend entsaget (h). Die Verfahrungsart übrigens kommt mit derjenigen bei dem unbestimmten summarischen Prozeß vollkommen überein (i); beide Partien können der an sich zuläßigen Rechtsmittel gegen die richterlichen Verfügungen sich bedienen (k), und nicht selten qualificiren sich diese Sachen zu bedingten, oder unbedingten Strafbefehlen (l).

a) c. 18. x. de restitut. spoliator. can. redintegranda 3. C. 3. qu. 1. Leyser Spec. 504. M. 6. 7. 8. 9. 12. 13.

b) Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 13. §. 7. seq. Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. §. 691. Das Gegentheil behauptet Mevius P. VIII. Decis. 383.

c) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 13. Hofmann Teutsche Reichspraxis, Thl. II. §. 1505. Wern-

Wernher P. VII. Obs. 54. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. X. §. 256.

d) L. 1. §. 24 26. 34. D. de vi et vi armata. Eine Spolienklage, in welcher des Besizes nicht Erwähnung geschiehet, ist als unschicklich zu verwerfen. Wernher P. VI. Obs. 379. Hofmann a. a. O. §. 1500.

e) c. 17. x. de restitut. spoliator. c. 10. x. de officio et potest. judic. deleg. Estor a. a. O. §. 233.

f) L. 6. D. de vi et vi armata. L. 9. C. unde vi. c. 7. 11. 16. x. de restitut. spoliator. c. 7. x. de his quæ vi metusque caussa fiunt. Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 692. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 96. Mevius P. VIII. Decis. 387. Die Rubrik eines solchen Klageschreibens kann füglich diese seyn: — Spolienklage (von Seiten) u. s. w.

g) c. 2. de restitut. spoliator. in 6.

h) c. 2. x. de ordine cognit. c. 1. 2. 5. 6. x. de restitut. spoliator. c. 22. x. de officio jud. deleg. Clem. un. de causs. poss. et proprietat. c. 6. x. de causs. poss. et propriet. Ge. Lud. Boehmer l. c. § 690. Just. Hen. Boehmer l. c. §. 4. 5. Wernher P. X. Obs. 357. Leyser Spec. 504. M 10. 11. Mevius P. VIII. Decis. 388. Estor a. a. O. §. 262. Hauptst. XI. §. 299. Hofmann a. a. O. §. 1509. Claproth a. a. O. §. 103.

i) Estor a. a. O. Hauptst. X. §. 264. folg. Hofmann a. a. O. §. 1510. folg. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 844.

k) Estor a. a. O. §. 271. 272. Hofmann a. a. O. §. 1513. Mevius P. I. Decis. 25. von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. 27. Abhandl. I. Derselbe Beiträge Thl. III. S. 14. folg. Andere gestatten dem Imploraten keine Rechtsmittel mit der suspensiven Wirkung. Claproth a. a. O. §. 106.

Ernst

Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 113. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. I. §. 7. 13.

l) Siehe das folgende Hauptstück.

§. 57.

C.) Possessorischer Prozeß zu Beibehaltung des Besizes.

Macht endlich der unter den Partien streitige Punkt die Frage aus, ob ein jeziger Besizer, der von einem andern gestöret wird, ein besseres Recht zu dem Besiz habe, als der Stöhrer; so ist dieses ein possessorischer Prozeß zu Beibehaltung des Besizes (processus retinendæ possessionis). Von den einzelnen hierher gehörigen Rechtsmitteln zu handeln, ist hier der Ort nicht (a). Aber das verdienet angemerkt zu werden, daß je nachdem die streitenden Theile entweder über den älteren und rechtmäßigen Besiz, oder blos über den jüngsten und gegenwärtigen Besiz rechten, diese Prozeßart wieder in den ordentlichen (possessorium ordinarium, plenarium, summarium) und summarischen possessorischen Prozeß (possessorium summariissimum, momentaneum, summarium, provisionale) zerfällt (b).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 233-267. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 179-211. Johann Ludwig Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 168-201. Boehmer Doctr. de actionibus. Sect. II, Cap. IV. §. 13-32. §. 42-62.

b) Meine Grundsätze rc. §. 57. Berger Electa processus possessor. §. 4. Boehmer Diss. de vero usu remedii possessor. ordinar. et summar. Cap. II, §. 2. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 639. Schilter Exercitat. XII. Th. 12.

§. 58.

Ordentlicher possessorischer Prozeß.

In dem ordentlichen possessorischen Prozeß wird über das Alter, die Beschaffenheit und Rechtmäßigkeit des Besizes gestritten. Nur derjenige kann daher als Implorant hier auftreten, der das Recht, oder die Sache, von welcher die Rede ist, als die seinige entweder wirklich körperlich inne hat, oder doch körperlich zu besizen die Gewalt hat, und zugleich in Ansehung seines Gegners rechtmäßig, das heißt, nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise, nicht in bösem Glauben besizet (a). Nicht allein aber den älteren, rechtmäßigen Besiz, sondern auch die unerlaubte Stöhrung von Seiten des Imploraten muß der Implorant behörig darthun. Eine jede Thathandlung, durch welche der freie Gebrauch des Rechts, oder der Sache gehindert wird, ist als eine Stöhrung anzusehen, und der Implorant kann sowohl durch Zeugen, als Urkunden, als Eideszuschiebung den ihm obliegenden Beweis führen (b). Der Erbe des Gestöhrten kann hier nicht klagen, und gegen den Erben des Stöhrers kann nicht geklaget werden (c). Das Gesuch gehet dahin: dem Imploraten alle Beeinträchtigungen in dem Besize zu untersagen, und obrigkeitlichen Schuz dagegen zu ertheilen (d); dann ihn zu Leistung hinreichender Sicherheit für die Zukunft (e), und den Ersaz alles durch die Stöhrung zugefügten erweislichen Schadens (f) anzuhalten. Einreden, die das Recht selbst betreffen, finden hier nicht statt, und das weitere Verfahren kommt mit demjenigen in dem unbestimmten summarischen Prozeß vollkommen überein (g). Weil indessen die Partien fast gewöhnlich in den Rechtsstand sich einlassen, und diesen so sehr erschöpfen,

schöpfen, daß das Recht selbst eines weiteren Beweises nicht mehr bedarf; so wird dieser ordentliche possessorische Prozeß sehr häufig ganz nach den Regeln des ordentlichen petitorischen Prozesses verhandelt (h).

a) L. 3. §. 6. 7. 8. 12. 13. L. 6. §. 1. L. 9. L. 21. §. 1. L. 23. §. 2. L. 30. §. 6. D. de adquir. vel amitt. possess. L. 1. §. 5. L. 3. §. 8. L. 4. D. uti possidet. L. 6. §. 2. D. de precar. L. un. C. uti possidet. L. 1. §. 2. D. de superfic. Boehmer Diss. citat. de vero usu remedii possessorio ordinarii et summarii. Cap. II. §. 4. 5. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 640. Diese Mängel schaden nicht, wenn der Implorant nicht in Ansehung seines Gegners, sondern eines Dritten auf diese fehlerhafte Weise besitzet. L. 17. D. de precar. L. 1. §. 9. L. 2. L. 3. pr. et §. 10. D. uti possidet. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 234.

b) Boehmer l. c. §. 6.

c) L. 23. pr. D. de adquir. vel amitt. possess. Boehmer l. c. §. 7. Schilter Exerc. XV. Th. 17. Exerc. XLVII. Th. 57. Berger Electa processus possessor. §. 34. 35. Franc. Car. Conradi Pr. An. possessio apud Germanos sine corporali apprehensione transeat ad heredes? Helmstad. 1737. Fr. Christ. Jonath. Fischer Das erbschaftliche Versendungsrecht ohne Besitzergreifung aus dem Kameralrechte des Mittelalters beleuchtet und aus dem Europäischen, Teutschen und Preussischen Privatrechte erwiesen. Regensburg 1786. Sichtbar hat das kanonische Recht, da es die Spolienklage zu einer blosen sachverfolgenden (rei persecutoria) umschuf, dieser römischen Spizfindigkeit derogirt. Leyser Spec. 508. med. 12. Pfotenhauer über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 13.

d) L. un. C. uti possidet.

e) L. 7. D. de aqua cottidiana. L. 7. 12. D. si servit. vind. Die nach dem L. un C. uti possidet. von dem Imploranten zu leistende Sicherheit ist heut zu Tage nicht mehr im Gebrauche. Schilter Exerc. 47. Th. 60. Boehmer l. c. §. 9. Claproth a. a. O. §. 235. Berger l. c. §. 36.

f) L. 3. §. 11. D. uti possidet. L. 3. 4. D. de interd. Claproth a. a. O.

g) L. 8. C. unde vi. L. 3. §. 4. D. de Carbon. edict. L. 1. §. 14. D. de ventre in possess. mitt. L. 2. in fine C. ubi in rem. L. 3. 4. C. de interd. Berger l. c. §. 1. Schilter Exerc. 13. Th. 10. Exerc. 47. Th. 26. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 12. §. 7. Idem Diss. cit. Cap. I. §. 7. Cap. II. §. 10. Mevius P. II. Dec. 236. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1444. In dem Urthel muß der Richter den Rechtsstand allezeit vorbehalten. Sollte er jedoch desselben keine Erwähnung gethan haben; so bleibt er den Partien demohngeachtet offen. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. VII. §. 156. folg. Hauptst. VIII. §. 173. folg. Hofmann a. a. O. §. 1449 - 1454. §. 1483 - 1488.

h) Siehe die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller. Dann noch Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit, §. 838. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. II. §. 20. folg. Egid. Henr. Schmidt Diss. de raro ex exiguo usu processus possessorii ordinarii per sententium in possessorio summariissimo latam reservati. Erford. 1735. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 80.

§. 59.

Summarischer possessorischer Prozeß.

Bei dem summarischen possessorischen Prozeß wird blos untersucht, welche Partie die jüngste, ruhige Besizhandlung für sich habe, damit der Richter durch eine provisorische Verfügung bestimmen kann, welcher

von

von beiden Theilen während der Zeit, bis in dem ordentlichen Besiz = oder Rechtsstande die Sache weiter erörtert ist, in dem Besiz einstweilen zu schützen sey (a). Daraus nun ergeben sich folgende Säze: I.) nur dann, wenn beide Partien Besizhandlungen für sich anführen, beide über Stöhrungen klagen, es also vor der Hand noch ungewiß ist, wer Besitzer, wer Stöhrer sey, mithin, da jeder Theil gewöhnlich bei seinem anmaßlichen Besize sich zu schützen suchet, die öffentliche Ruhe stöhrende Gewaltthätigkeiten zu befürchten sind, findet diese Prozeßart statt (b). II.) Ein jeder Besizer, auch der blose Innhaber kann hier, da von dem blosen Besizstande, nicht von der Beschaffenheit und Rechtmäßigkeit des Besitzes die Rede ist, als Partie auftreten (c). III.) Auf das Alter und die Dauer des Besizes wird hier keine Rüksicht genommen (d), die lezte, ruhige Besizhandlung vielmehr allein ist entscheidend (e). IV.) Gegen den Landesherrn kann in Ansehung der Hoheitsrechte, wie auch überhaupt in Ansehung anderer Sachen, die zu besizen, in der Regel, Unterthanen nicht fähig sind, der jüngste Besiz mit Wirkung nicht angeführt werden (f) V.) Eine jede Partie kann hier Klägers, oder Beklagtens Stelle vertreten (g) und nicht selten behauptet noch ein dritter, er befinde sich in dem von den streitenden Theilen angesprochenen Besize, und tritt daher als Intervenient auf (h). VI.) Der Erbe des Gestörten kann hier nicht als Implorant auftreten, und gegen den Erben des Stöhrers kann nicht geklaget werden (i). (VII.) Rechtsmittel gegen die richterliche Entscheidung finden hier nicht statt, wenn diese nicht eine solche Beschwerde mit sich führet, die in dem ordentlichen possessorischen, und petitorischen Prozeß nicht wieder gut gemacht werden

kann

kann (k). VIII.) Nicht mit dem Rechtsstande, wohl aber mit dem ordentlichen Besizstande kann dieses Rechtsmittel verbunden werden (l). IX.) Die Kosten dieses Prozesses sind zwar in der Regel entweder auszusezen, oder doch zu vergleichen, jedoch können die eintretenden Nebenumstände, besonders die Art und Ursach der Stöhrung eine Ausnahme rechtfertigen (m).

a) Berger Electa processſ. possessor. §. 2. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 13. §. 7. Idem Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. IV. §. 14. Mevius P. I. Dec. 139. P. II. Dec. 236. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 4. §. 5.

b) Diss. mea Constitutionis imperii specialis super litigiosa possessione disquisitio. Stuttgardt. 1789. §. 3. Joh. Heinr. Christ. von Selchow Concepte der Reichskammergerichtsordnung auf Befehl der jüngsten Visitation entworfen. Thl. II. S. 150. (de Borié) Diss. jur. publ. et cameral de litigiosa possessione ad P. II. Tit. 21. Ordinat. cameral. veter. jus simul ac processum sistens. Wezlariæ 1745. 1783. Sect. I. §. 1 - 7. Pfankuch de summariissimo possessorio, Lib. I. Cap. IV. N. 7. p. 15. et Cap. VII. No. 3. p. 68. seq. de Cramer System. processſ. imper. Sect. II. Tit. VIII. §. 937 - 938. Es ist also nicht nothwendig, wirklich bevorstehende Gewaltthätigkeiten besonders zu erweisen. So bald der Besiz einmal streitig ist; so ist auch zu befürchten, die Partien möchten gewaltthätige Handlungen sich erlauben. Diss. mea citat. §. 5. 8. 9. 21. (de Borié) Diss. cit. de Sect. I. §. 29. p. 20. de Cramer l. c. §. 934. 939. Wenn Gewaltthätigkeiten mit der höchsten Wahrscheinlichkeit bevorstehen, kann der Richter durch Sequestrationen, Inhibitionen, oder andere passende schleunige Mittel den Ausbruch derselben verhindern. Diss. mea citat. §. 18. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 7. No. 5. p. 68. de Cramer l. c. §. 446.

446. von Selchow a. a. O. S. 147. (de Borié) Diss. cit. Sect. II. §. 5. p. 25. Berger Electa processus possess. §. 3. 4. Boehmer Diss. cit. de vero usu remedii possessorii ordinarii et summarii. Cap. III. §. 1-7. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 646. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 27. 31. Mevius P. II. Dec. 236. 239. Vergl. Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. §. 270. folg.

c) Pfankuch l. c. Lib. I. Cap. VI. No. 11 Berger l. c. §. 21. 22. Boehmer Diss. cit. §. 8. Claproth a. a. O. §. 30. Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. L. II. Cap. IV. §. 3. 4. Wernher P. II. Obs. 434. Leyser Spec. 508. M. 4. 5.

d) c. 3. x. de causs. poss. et proprietat. c. 19. x. de jure patronat. Berger l. c. §. 22. Boehmer l. c. §. 8. Wernher P. I. Obs. 114. Mevius P. III. Decis. 91.

e) Jedoch wird vorausgesetzet, daß diese Besizhandlung nicht diejenige sey, die den Prozeß veranlaßt hat. Mevius P. VIII. Decis. 449. Nur in dem einzigen Fall reichet auch diese hin, wenn der Gegentheil ihr nicht widersprochen, vielmehr bei derselben sich beruhiget hat. Mevius P. VIII. Decis. 63. Wernher P. II. Obs. 400. Schaumburg l. c. Berger l. c. §. 23-26. Gottfr. Lud. Menken Diss. de qualitate possessionis in processu possessorio summariissimo, Lips. 1744.

f) L. 1. §. 8. D. uti possidet. L. 5. §. 11. 12. D. de oper. novi nunciat. c. 7. de privileg. in 6. Berger l. c. §. 26. Claproth a. a. O. §. 32. Mevius P. IV. Dec. 210. Wernher P. II. Obs. 366. P. VIII. Obs. 439. Leyser Spec. 409. M. 8. 9. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1454. 1455. Stryk U. M. Pand. Lib. II. Tit. I. §. 27. 28. Aug. Gottl. Petermann Diss. de valore possessorii summariissimi contra principem S. R. I. regalia vindicantem a subdito

to instituti. Lips. 173'. Goeckel Diss. possessorium summariissimum an et quatenus adversus principem a subditis possit institui? Erlang. 1798. 4. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 51. No. 1. Auch der Gesellschafter kann gegen seinen Mitgesellschafter, der Mitbesitzer gegen seinen Mitbesitzer, der Lehnmann gegen den Lehnherrn auf Schuz bei dem jüngsten Besitz klagen. Wernher P. V. Obs. 230. P. VII. Obs. 200. Schaumburg l. c. Renneri Meditat. ad h. l. p. 175.

g) L. 3. § 1. D. uti possidet.

h) In diesem Fall muß die Intervention allerdings zugelassen werden. Claproth a. a. O. §. 30. Boehmer l. c. §. 14. Mevius P. VII. Dec. 371. 372. Leyser Spec. 508. M. 13. 14. Meine Grundsätze ꝛc. §. 481. No. 3.

i) Sieh. die zu dem vorhergehenden §. Not. c. angeführten Schriftsteller, und Franc. Car. Conradi Pr. utrum possessorium summarium seu momentaneum etiam heredi possessoris competat: Helmstad. 1734.

k) Das päbstliche Recht, welches in dem c. 10. 15. X. de restitut. spoliator. das Gegentheil verordnet, befolget der Gerichtsbrauch nicht. Meine Grundsätze ꝛc. §. 418. No. III. Berger l. c. §. 43. 44. Boehmer l. c. §. 15. Schaumburg l. c. §. 11. Claproth a. a. O. §. 52. Leyser Spec. 499. M. 3. Guil. Hier. Bruckner Diss. de remediis contra sententiam in judicio possessorio summariissimo latam. Erford. 1715. Jo. Gottl. Sieber Observationes de demonstratione in possessorio momentaneo et de remediis contra sententias in caussis possessoriis quoad effectum suspensivum haud admittendis. Goetting. 1759. Gribner Princip. proc. jud. Lib. II. Cap. VII. §. 14. 15. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. I. §. 7. Kap. VII. §. 15. Jo. Godofr. Bauer Pr. de actore, an et quatenus, post O. P. S. R., in possessorio summariissimo remedio gaudeat suspensivo. Lips. 1754. (in Opusc. Tom. I. No. 38. p. 400.)

l) Meine Grundsätze rc. §. 85. Berger l. c. §. 40. 41. Boehmer l. c. Cap. I. §. 10. Claproth a. a. O. §. 34. Schilter Exercitat. XIII. Th. 14. Hofmann a. a. O. Thl. II. §. 1453. Hier. Frid. Schorch Pr. de cumulatione possessorii et petitorii in uno libello. Erford. 1745. Räthlich ist jedoch eine solche Häufung, in der Regel, nicht. Vergl. unten §. 66.

m) Mevius P. VII. Dec. 335. Struben R. B. Thl. I. B. 10. Claproth a. a. O. §. 31. Schaumburg l. c. §. 10. Berger l. c. §. 39. Leyser Spec. 499. M. 10. 11.

§. 60.

Verfahrungsart bei diesen Sachen.

I. Der Implorant muß, um künftigen Zweifeln vorzubeugen, da der richterliche Schuz nicht ausgedehnet werden kann, sondern streng auszulegen ist, den Gegenstand, worüber er geschützet seyn will, in seiner Geschichtserzählung so genau als möglich bestimmen (a). II. Nur einige wenige Besizhandlungen, und zwar die neuesten, so daß der Gegentheil nicht wohl neuere angeben kann, sind anzuführen. III. Die Art der Stöhrung und die Umstände, die sie begleitet, müssen umständlich erzählet werden (b). IV. Das Gesuch gehet dahin: 1) den Imploranten bei dem Besitze so lange zu schützen, bis der Implorat ein anderes in dem ordentlichen Besiz = oder Rechtsstande dargethan haben wird: 2) wenn die Stöhrung mittelst einer Pfändung geschehen ist, dem Imploraten zu befehlen, die abgepfändete Sachen zurück zu geben: 3) den Imploraten zu dem Ersaz aller verursachten Schäden, und der Erstattung aller aufgewendeten Kosten anzuhalten: 4) wenn den Umständen nach noch weitere

tere Stöhrungen zu befürchten sind, dem Imploraten Bestellung hinreichender Sicherheit für die Zukunft aufzulegen (c). V. Bringet die Verfassung des Gerichts, bei dem geklaget wird, nicht ein anders mit sich; so kann der Implorant seine Klage sowohl mündlich, als schriftlich anbringen.

a) L. 6. D. de rei vindicat. Wernher P. VIII. Obſ. 419.

b) Berger Elect. proceſſ. poſſ. §. 33. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 36.

c) Sieh. oben §. 15. Note e. Mevius P. III. Deciſ. 193. Berger l. c. §. 36. 38. Schaumburg Princip. prax. jurid. jud. L. II. Cap. IV. §. 5. Leyſer Spec. 508. M. 15. 16. Wernher P. I. Obſ. 290. Franc. Carol. Conradi Diſſ. de cautione de non amplius turbando in judiciis poſſeſſoriis uſu fori recepta. Helmſt. 1737. — Die Rubrik einer solchen Imploration kann folgende seyn: Gemüßigte Bitte um Schuz bei dem neuesten Besiz (von Seiten) ꝛc. — Haftet Gefahr auf dem Verzuge; so ist es räthlich dieses auf der Rubrik mit den Worten — summum periculum in mora — Gefahr bei dem Verzuge — zu bemerken, allenfalls auch die Imploration dem Präsidenten des Gerichts unmittelbar zuzustellen. Claproth a. a. O. §. 37. 38.

§. 61.

Fortsetzung.

VI. Der Richter muß die ihm überreichte Imploration genau prüfen, und besonders die Zulässigkeit der gewählten Prozeßart sorgfältig erwägen. Nicht selten qualificiren sich diese Sachen zu Strafbefehlen (a), und bei höchst wahrscheinlich bevorstehenden

den Thätlichkeiten hat die Obrigkeit vor allen Dingen für die Erhaltung des öffentlichen Ruhestandes zu sorgen. In der Regel muß jedoch auch hier der Implorat gehöret, und seine Vernehmlassung ihm abgefordert werden (b). VII. Blos darüber, ob er die von dem Imploranten angegebene Besizhandlungen, und behauptete Stöhrungen einräume, oder abläugne, hat der Implorat in seiner Einlassung sich zu erklären. VIII. Von verzögerlichen Einreden finden hier nur diejenigen statt, die das Wesen des gerichtlichen Verfahrens, und die unrichtig gewählte Prozeßart angehen (c). Zerstörliche Schuzreden, die das Recht selbst, oder die Rechtmäßigkeit und Beschaffenheit des Besitzes betreffen, werden gar nicht zugelassen. (d) IX. Eine jede Partie kann hier als Kläger, oder Beklagter auftreten, der Implorat ist daher auch um Schuz bei dem jüngsten Besiz gegen die Beeinträchtigungen des Imploranten zu bitten berechtiget (e). X. Die Bescheinigung hat bei dieser Prozeßart folgende Eigenheiten: 1) ein vollständiger Beweis ist nicht erforderlich, und der Richter muß von Amtswegen die Wahrheit zu erforschen nach Kräften sich bemühen (f): 2) die Gegenbescheinigung des Imploraten wartet hier der Richter nicht ab, sondern erkennet, so bald eine Partie den jüngsten Besiz hinreichend dargethan hat (g): 3) beeidiget müssen zwar in der Regel die Zeugen seyn (h), aber es werden doch auch blose vor Notarien verfertigte Rotels zugelassen (i); wider die Personen der Zeugen können in der Regel keine Einreden vorgebracht werden; die Fragstücke fallen weg, und die feierliche Eröffnung des Rotulus sowohl, als auch die Handlungen der Partien über den geführten Beweis finden nicht statt (k): 4) Bescheinigung endlich durch Urkunden

den sowohl (l), als durch Eideszuschiebung (m), als durch Vermuthungen (n) wird zugelassen. XI. In dem Urthel muß der Richter dem Unterliegenden den ordentlichen Besitz- und Rechtsstand vorbehalten (o). XII. Ehe der Besitz dem obsiegenden Theile völlig wieder eingeräumet ist, brauchet sich dieser auf den ordentlichen Besitz- oder Rechtsstand nicht einzulassen, und wenn einer von diesen erörtert werden soll; so ist das Anbringen einer neuen Klage nothwendig, es entstehet ein neues, eigenes Verfahren und besondere Akten (p).

a) Siehe das folgende Hauptstück.

b) Schaumburg Princ. prax. jurid. judic. Lib. II. Cap. IV. §. 6. Berger Electa proc. possessor. §. 5. Boehmer Diss. citat. de vero usu remedii possessorii ordinarii et summarii. Cap. III. §. 9. in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 654. Mevius P. I. Dec. 139. P. II. Dec. 237. 238.

c) Leyser Spec. 506. M. 1. von Cramer Nebenstunden. Thl. 78. S. 51.

d) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 43.

e) Claproth a. a. O. §. 44-49.

f) Berger l. c. §. 1. 28. Leyser Spec 508. M. 1. 2. 3. 7. 8.

g) Boehmer l. c. §. 12. Gribner Princip. processs. judiciar. L. II. Cap. VII. §. 10. Leyser Spec. 608. M. 9. 10. Sahaumburg l. c. §. 7. Berger l. c. §. 28.

h) Berger l. c. §. 28. 29. Schaumburg l. c. §. 8. de Cramer Tom. I. P. I. Obs. 121. §. 10. Tom. II. P. I. Obs. 569. 572. Wernher P. IX Obs. 95. Mevius P. IV. Dec. 293. P. VIII. Dec. 492. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. II. §. 10.

i) Schaumburg l. c. Gribner l. c. §. 11.

k) Schaumburg l. c. §. 9. Boehmer Diss. cit. §. 10.

l) Berger l. c. §. 30. Mevius P. IV. Dec. 293. Leyser Spec. 453. M. 1. 2. Wernher P. I. Obs. 117.

m) Berger l. c. §. 31. Boehmer Diss. cit. §. 11. Das Gegentheil behauptet Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1446. Sieh. noch Joh. Paul. Schroeter Pr. num in possessorio summariissimo juramenti delatio locum habeat? Vitemb. 1727. Gribner l. c. §. 13.

n) Berger l. c. §. 32. Leyser Spec 453. M. 3. Spec. 508. M. 6. Wernher P. II. Obs. 433. Pufendorf Tom. II. Obs. 112. Schaumburg l. c. §. 8.

o) Boehmer l. c. §. 13. Berger l. c. §. 38. Hat es jedoch der Richter unterlassen: so schadet dieses den Rechten der Partie nicht, c. 7. 8. x. de causs. possess. et proprietat, c. 1. x. de sequestrat. possess. et fruct.

p) Claproth a. a. O. §. 51. Vergl. noch Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. V. VI. Ferd. Aug Hommel Diss. de processu possessorio summariissimo quæstiones duodenæ. Lips. 1748. Gebh. Christ. Bastineller Observationes ad processum possessorii summariissimi. Vitemb. 1736. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 832 - 838. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 151. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 78. folg.

§. 62.

§. 62.

II. Revision dieser Theorie. Verschiedene Arten possessorischer Streitigkeiten.

Der Ausdruck Prozeß, welcher hier als Grund der Eintheilung der possessorischen Prozesse vorgesetzt ist, kann entweder den Gegenstand des Streites, oder die Verfahrungsart bezeichnen: die Verwechselung beider hat in dieser wichtigen Lehre eine unübersehbare Reihe von Controversen und Irrthümern hervorgebracht, und was noch fehlte, diß bewirkte die falsche Darstellung, daß man die eigenthümlichen Ansichten des deutschen Rechts über Besizstreitigkeiten entweder ganz vernachläßigte, oder wenigstens durch ihre Stellung als bloße Modifikationen des römischen Rechts nicht nach Würde berücksichtigte. Neben der oben (§. 52.) bemerkten Eintheilung der possessorischen Rechtsmittel müssen nach den vom kanonischen und deutschen Rechte gebilligten Ansichten die Streitigkeiten über Besitz nach dem Objekte eingetheilt werden, 1) in Streit über den Besiz als bloses Faktum — summarischer jüngster Besiz possessorium summarium oder nach einigen summariissimum — 2) in Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit des Besitzes — 3) in Streitigkeiten über das Recht zu besizen (a).

a) Die ausführliche Entwickelung s. in Gönner Hdb. B. IV. Abh. 81 §. 1 = 11.

§. 63.

A) Streitigkeiten über den jüngsten Besiz.

Bey Streitigkeiten über den jüngsten Besiz (a) wird derselbe I. blos als Factum im Gegensaz der unerlaubten Selbsthilfe oder Stöhrung betrachtet; daher sind sie II. allemal zu einer ausserordentlichen Rechtshülfe und eben darum nothwendig zu einer besonderen Verfahrungsart qualificirt. III. Ist der Besiz als Factum litigiös, so, daß jeder Theil Besizhandlungen für sich hat (b), so kann 1) bei naher Gefahr einer öffentlichen Ruhestöhrung der Richter von Amtswegen einschreiten; 2) Ausserdem muß er auf vorhergehenden Antrag einer Parthey nach den beiderseitigen Bescheinigungen der Besizhandlungen prüfen, wem der jüngste ruhige Besiz zur Seite stehe, welchem sodann die possessio momentanea mit Vorbehalt des ordentlichen Possessoriums eingeräumt wird. 3) Fordert diese Untersuchung einige Zeit und sind Ruhestöhrungen zu fürchten, so verhängt der Richter nach Beschaffenheit des Streitgegenstands eine Inhibition oder Sequestration, oder weiset, wo dies nicht thunlich ist, die Partheyen zum friedfertigen Gesammtbesitze an. IV. Bei eigentlichen Stöhrungen des nicht litigiösen Besitzes (c) beginnt das Verfahren 1) mit der Imploration, worinn der lezte ruhige Besiz vor der Stöhrung oder der Entsetzung samt der Turbation und den Mitteln, beides zu bescheinigen, angeführt und um Manutenenz gegen Stöhrungen oder um Einsetzung in den entzogenen Besiz gebethen wird. 2) Die richterliche Verfügung bestehet, wenn die Bescheinigungen schon vorhanden sind, in einem unclausulirten Mandate, außerdem ist zweckmäßig eine Temporalinhibition

mit

mit Ansetzung eines engen Termins zur Verhandlung der Sache zu verbinden. 3) Der Ungehorsam des Imploraten hat nach vorausgegangener Androhung eine Paritoria in contumaciam zur Folge. 4) Führt der Implorat seine Vertheidigung, so kann er von verzögerlichen Schuzreden nur jene anwenden, welche das Wesen des Prozesses betreffen. 5) Besondere Rücksicht verdient die Einrede, daß der Implorant aus dem jüngsten Besitze, wenn er ihn auch hat, keine Rechte ableiten könne (d). 6) Auf die faktischen Behauptungen seines Gegners muß er bestimmt antworten. 7) Läugnet er die vom Gegner angeführten Besitzhandlungen, so werden die von diesem angezeigten Beweismittel erhoben. 8) Von zerstöhrlichen Einreden findet nichts, was das Petitorium angehet, statt, eben dieses sollte 9) nach dem kanonischen Rechte auch von demjenigen gelten, was die Rechtmäßigkeit des Besitzes betrifft, mehrere Praktiker aber lassen aus Mängeln, die sich auf den Imploraten beziehen, Einreden zu. 10) Das hierauf erfolgende Urtheil kann durch alle Rechtsmittel, jedoch ohne Suspensivkraft, angefochten werden (e).

a) Pfotenhauer über das gerichtl. Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. Leipzig. 1797. 8.

b) Danz Constitutionis super litigiosa possessione disquisitio. Stuttg. 1789. 4. Gönner Handb. B. IV. Abh. 79. §. 20 = 23.

c) Gönner a. a. O. Abh. 81. §. 10 = 12. und 22 = 28.

d) Wo immer das Precarium vor Augen liegt, oder die Sache so beschaffen ist, daß aus dem blosen Factum des Besitzes gar nichts folgt, z. B. bei Unterthanen

thanen gegen den Regenten wegen Herrscherrechten, da erzeugt eine schiefe Einleitung in den possessorischen Weg unübersehbare Nachtheile. Ein merkwürdiges Beispiel eines Mißbrauchs des summarischen Possessoriums im Privatverhältniß s. in Gönner Rechtsfällen B III. No. 39. Bey Lehenstreitigkeiten in Fällen, wo der Prätendent seine Abstammung vom ersten Erwerber nicht documentirt, oder wo weibliche Abkömmlinge succediren wollen, ehe sie die Qualität eines Weiberlehens documentirt haben, und wo jener oder diese sich in den Besitz eindrangen, muß hierauf besonders gesehen werden. Vergl. Gönner Deduction unter dem Titel: beurkundete Ausführung der Rechte des Hochfürstl. und Hochgräfl. Gesammthauses Löwenstein Wertheim gegen die Freiherrn von Berlichingen aus der Jagsthäuser Linie auf das heimgefallene Wertheimische Lehen Hungheim, mit Beilagen 1804. in F. und ohne Beilagen in dessen Rechtsfällen. B. IV. N. 41.

e) L. un. C. si de moment. possess. Gönner Hdb. B. III. Abh. 61. §. 4-8. B. IV. Abh. 81. §. 12. woselbst ein beistimmendes Urtheil des Reichshofraths vom J. 1799. angeführt ist. Mehrere übereinstimmende reichsgerichtliche Erkenntnisse findet man in desselben Beobacht. über verschiedene Rechtsmaterien im jurid. Archive B. III. IV. u. V.

§. 64.

B) Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit des Besitzes.

I. Die Gründe im Streit über die Rechtmäßigkeit des Besitzes bestehen entweder darinn, daß der Besitz des Imploraten vitiös sey, oder daß der Implorant, von diesen Mängeln abgesehen, einen vorzüglicheren Anspruch auf den Besitz habe (a). II. Zwischen beiden ist zunächst der Unterschied, daß 1) nur dasjenige zum Beweise eines vitiösen Besitzes gelte, was sich auf die streitenden Theile unter sich beziehet (b), dagegen ein stärkeres Recht zu besitzen (c) nach

nach der streng bindenden Analogie der publicianischen Klage auf dieses Wechselverhältniß nicht beschränkt sey: 2) daß eine Klage aus Mängeln des Besitzes die nachherige Klage wegen einem stärkeren Rechte zu besitzen nicht ausschliesse. III. Das Verfahren ist in beiden Fällen aus sovielen Handlungen, Vertheidigungsgründen und Bescheinigungen zusammengesetzt, daß ohne ausserordentliche Rechtshülfe, etwa die incident vorkommende provisorische Verfügungen, abgerechnet, der ordentliche oder unbestimmte summarische Prozeß denselben anpaßt.

a) Das letzte verdient als eine bisher verkannte, aber aus allen reichsgerichtlichen Erkenntnissen sprechende Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts in der Lehre vom Besitz besondere Auszeichnung; ausführlich handelt davon Gönner Hdb. B. IV. Abh. 81. §. 13-17.

b) L. 1. §. 5. Uti possidetis. „Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: quod nec vi, nec clam, nec precario ab illo possides. Das nämliche verordnet L. 1. §. 9. eod. Aber nach der Analogie der publicianischen Klage passet dieses Gesetz nur auf einen Streit über Mängel des Besitzes.

c) Possessio magis titulata, fortior. Cramer Observ. Jur. Univ. T. I. p. 821. T. III. p 145. Wie insbesondere der ältere Besitz den Vorzug habe, untersucht Gönner a. a. O. §. 15. 16.

§. 65.

C) Streitigkeiten über das Recht zum Besitze.

Wenn das Recht zu besitzen, ohne daß etwas faktisches am Besitze eingemischt wird, den Streitgegenstand ausmacht, so bestehet I. die Natur solcher Rechtsmittel überhaupt darinn, daß 1) die hier statt findenden Rechtsmittel zur Erlangung des Besitzes alle

Gründe

Gründe überwiegen, womit sonst possessorische Streite geführt werden: 2) daß der Implorant nicht schuldig ist, sich auf petitorische Einreden einzulassen: 3) daß das Petitorium dem unterliegenden Theile vorbehalten bleibt, und 4) Rechtsmittel gegen das Urtheil, sogar in der Regel mit Suspensivkraft statt finden (a). II. Es ist wohl ein großer Irrthum, wenn man behauptet, daß bey diesen Streitigkeiten allemal im ordentlichen oder wenigstens unbestimmt summarischen Prozesse verfahren werde (b), vielmehr zielen mehrere Rechtsmittel, namentlich 1) auf den Besiz einer Erbschaft, aus einem von sichtbaren Mängeln freyen Testamente (c), 2) auf den Besiz im Namen einer Leibesfrucht (d), 3) bei Verschollenen (e), 4) aus dem salvianischen Interdicte auf eine ausserordentliche Rechtshülfe ab (f).

a) Gönner a. a. O. §. 18.

b) ebend. §. 30.

c) L. ult. C. de Edicto D. Hadriani tollendo. Gönner a. a. O. §. 31.

d) Tit. Pand. de Ventre in possess. mittendo. Schmidt summarischer Prozeß. §. 151. u. ff. Gönner Hdb. B. IV. Abh. 80. §. 4.

e) Schmidt a. a. O. §. 160. ff. Gönner Abh. 81. §. 33. u. ff.

f) In dieser Beziehung ist die eigentlich aus der Rechtstheorie entlehnte Ausführung über jedes einzelne Interdict bei Claproth summar. Prozeß. §. 174. u. ff. schätzbar.

§. 66.

Cumulation des Petitoriums mit dem Possessorium.

Der als Regel angenommene Satz das Petitorium könne nicht mit dem summarischen, sondern nur mit dem ordentlichen Possessorium cumulirt werden, stehet I. mit dem kanonischen Rechte im Widerspruch (a), welches vielmehr diese Cumulation unbeschränkt erlaubt. Nur II. Ausnahmsweise kann eine Cumulation nicht geschehen, 1) wenn der Besitzer sich im jüngsten Besitze zu erhalten sucht, und eine petitorische Klage so beschaffen ist, daß sie nur vom Nichtbesitzer gegen den Besitzer angestellt werden kann; doch stehet hier nichts im Wege, wenn der Implorat im Exceptionssatze petitorische Einreden vorbringen und der Implorant sich darauf einlassen will. 2) Wenn der Implorat den jüngsten Besitz seines Gegners zwar anerkennen muß, aber vor dem petitorischen Streite den Besitz wegen der Rechtmäßigkeit oder einem Vorzugsrechte (im sogenannten Possessorio ordinario) verfolgen kann und will, als in welchem Falle sein Gegner durch Cumulation des jüngsten Besitzes mit dem Petitorium die Rechte des Imploraten verletzen würde (b).

a) cap. 3. 4. de caussa possess. et propriet. J. L. Boehmer princip. jur. canon. §. 683. Cramer Observ. Jur. Univ. T. III. p. 347.

b) Gönner Hdb. a. a. O. §. 19.

Achtes

Achtes Hauptstück.

Von dem Mandats-Prozeß.

§. 67.

Mandat. Verschiedene Arten desselben.

Ein Mandat ist diejenige richterliche Verfügung, durch welche blos auf des Klägers Vorbringen, ohne den Gegentheil gehöret zu haben, diesem mit, oder ohne Androhung einer gewissen Strafe, eine Handlung untersaget, oder anbefohlen, oder eine bereits unternommene wieder aufgehoben wird: und die zugleich die Ladung an ihn enthält, vor Gericht zu erscheinen, um entweder die geschehene Befolgung des Mandats anzuzeigen, oder aber seine den Gesetzen nach zuläßigen Einreden dagegen fürzubringen. Je nachdem daher der Richter eine gewisse Handlung verbietet (mandata inhibitoria), oder gebietet (mandata præceptiva), oder eine bereits unternommene wieder aufhebt (mandata revocatoria, f. cassatoria, f. restitutoria) erhalten seine Befehle auch verschiedene Namen; am wichtigsten aber ist die Abtheilung derselben in bedingte und unbedingte (mandata sine clausula, mandata cum clausula). Die ersteren sind alsdann vorhanden, wenn der Richter dem Beklagten nichts übrig lässet, als entweder dem erlassenen Gebote

bote Gehorsam zu leisten, oder Einreden des erschlichenen Befehls (exceptiones sub- et obreptionis) beizubringen, und mittelst derselben zu zeigen, daß der Richter durch Auslassung wahrer, wesentlicher Umstände, oder durch Anführung falscher, wesentlicher Thatsachen sey hintergangen worden, und daß er mithin nicht so würde erkannt haben, wenn ihm die wahre Lage der Sache bekannt gewesen wäre. Unter den lezteren hingegen, den bedingten nämlich, verstehet man diejenigen, wo der Richter dem Beklagten gestattet, nicht blos Einreden des erschlichenen Befehls (exceptiones sub- et obreptionis), sondern auch alle übrigen, der Natur der Sache nach zuläßigen Ausflüchte vorzuschützen, und mittelst derselben die Gründe anzugeben, um welcher willen der Befehl nicht hätte erlassen werden sollen, und er also auch denselben zu befolgen sich nicht schuldig erachte. — Bestehet endlich die eingeklagte Thatsache aus mehreren, ihrer Natur nach trennbaren Punkten, deren einige zu einem unbedingten, andere zu einem bedingten Gebote geeigenschaftet sind; so muß auch der Richter theils unbedingt, theils bedingt befehlen, und ein solcher Befehl wird ein gemischter (mandatum mixtum) genannt (a).

a) Vergl. überhaupt zu diesem Hauptstücke: Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. Stuttgart 1795. §. 281 = 302.

§. 68.

§. 68.

Verschiedenheiten zwischen den unbedingten und bedingten Mandaten.

Schon aus der Natur der Sache, und den Begriffen von unbedingten und bedingten Befehlen ergeben sich folgende Verschiedenheiten zwischen beiden: 1) die ersteren können nur in wenigen, durch die Geseze ausdrücklich, oder stillschweigend bestimmten Fällen erkannt werden; die leztere hingegen sind in so enge Gränzen nicht eingeschlossen (a): 2) bei den ersteren können nur Einwendungen, die die Thathandlungen, so wie sie von dem Kläger erzählet sind betreffen, vorgeschützet werden; bei den letzteren hingegen finden Ausflüchte aller Art, ohne Ausnahme statt: 3) eben deswegen weichen beide der Form nach ganz von einander ab, indem den ersteren die justifikatorische Klausel (b) nicht einverleibet ist, wohl aber den lezteren (c): 4) gegen einen jeden, wider welchen bedingte Befehle statt finden, können auch unbedingte erkannt werden, nicht aber umgekehrt (d).

a) Siehe die beiden folgenden §. §.

b) Nach dem Reichsgerichtlichen Stile heißt es in einem unbedingten Mandate also: Wir heischen und laden euch darneben von berührter unserer kaiserlichen Macht, auch Gerichts = und Rechtswegen hiermit, auf den dreißigsten Tag, den nächsten nach Ueberantwort = und Verkündigung dieses, deren wir Euch zehen für den ersten, zehen für den andern, zehen für den dritten, lezten und endlichen Rechtstag setzen und benennen peremtorie, oder ob derselbe kein Gerichtstag seyn würde, den nächsten Gerichtstag hernach durch einen gevollmächtigten Anwald an diesem unserm kaiserlichen Kammergericht zu erscheinen, glaubliche Anzeige und Beweis zu thun, daß diesem unserm kaiserlichen Gebot

bot alles seines Inhalts gehorsamlich gelebt sey, oder wo nicht, alsdann zu sehen und hören, euch um eures Ungehorsams Willen in vorgemeldte Pön gefallen seyn, mit Urthel und Recht sprechen, erkennen und erklären: oder aber beständige erhebliche Ursachen und Einreden, ob ihr einige hättet, warum solche Erklärung nicht geschehen solle, in Rechten gebührlich vorzubringen, und endlichen Entscheids darüber zu gewarten. Wenn ihr kommet und erscheinet alsdann also oder nicht; so wird doch nichts desto weniger, auf gegentheiliges Anrufen und Erfordern, hierin in Rechten mit gemeldter Erkenntniß, Erklärung und andern gegen euch verhandelt und procedirt, wie sich das der Ordnung nach gebühret. Geben ꝛc. Sieh. Pütter Nova epitome processus imperii amborum tribunalium supremorum. Goetting, 1786. §. 157. p. 176. Desselben Versuch einer näheren Erläuterung des Prozesses beider höchsten Reichsgerichte, in einer praktischen Sammlung ganz neuer Kammergerichts- und Reichshofrathssachen. Götting. 1768. S. 47. Vincenz Hanzely Grundriß des Reichshofräthlichen Verfahrens in Justiz- und Gnadensachen mit den nöthigen Formeln. Band I. Stuttgardt 1786. No. 204. 205. S. 390.

c) Nach dem Reichsgerichtlichen Stile geben bei bedingten Strafbefehlen vor den Worten; Wir heischen und laden euch ꝛc. (Siehe die vorhergehende Note b) folgende her: Im Fall ihr aber durch dieses unser kaiserliches Gebot beschweret zu seyn, und warum demselben anbefohlener massen nicht zu geleben wäre, erhebliche und beständige Ursachen zu haben vermeinen solltet; alsdann so heischen und laden wir euch von berührter unserer kaiserlichen Macht, auch Gerichts- und Rechtswegen hiemit auf den sechzigsten Tag, den nächsten nach Ueberantwort- und Verkündigung dieses, deren wir euch zwanzig für den ersten, zwanzig für den andern, zwanzig für den dritten, lezten und endlichen Rechtstag setzen und benennen peremtorie, oder ob derselbe kein Gerichtstag seyn würde, den nächsten Gerichtstag hernach durch einen gevollmächtigten Anwald an diesem unserm kaiserlichen Kammergericht zu erscheinen, solche eure beständige Ursachen und Einreden

den dagegen in Rechten gebührlich vorzubringen; darauf der Sachen und allen ihren Gerichtstägen und Terminen bis nach endlichem Beschluß und Urtheil auszuwarten ꝛc. Pütter l. c. §. 169. p. 189. Desselben Versuch einer nähern Erläuterung ꝛc. S. 75. J. F. W. de N. de W. Principia processus judicii imperialis aulici hodierni cum differentiis processus cameralis. Nebst einem vollständigen Formularbuch des heutigen Reichsprozesses bei den beiden höchsten Reichsgerichten. Francof. et Lipf. 1747. No. 81. S. 163. Frieder. Guil. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. Tübing. 1776. §. 533.

d) Dieses ist besonders bei den beiden höchsten Reichsgerichten merklich. Hier kann gegen denjenigen, der das Recht der Austräge hat mit Uebergehung dieser zwar ein unbedingter, niemals aber ein bedingter Strafbefehl, wenn nicht die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte nach einer andern Hinsicht in erster Instanz gegründet ist, erkannt werden. Pütter l. c. §. 171. Christ. Lud. Koch Disquisitio de austrægis S. R. I. Procerum cumprimis serenissimorum Landgraviorum Hassiæ. Giss. 1749. Sect. I. §. 9. 10. 12. 13. 14. 16. 24. 29. de Ludolf Commentat. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 5. seq. Joh. Heinr. Christ. von Selchow Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 8. K. K. G. O. Thl. II. Tit. 25. pr. und §. 4.

§. 69.

Fälle, in welchen unbedingte Mandate erkannt werden können.

Nach der Natur der Sache, der gesunden Vernunft, den positiven gemeinen Rechten (a) und Reichsgesetzen (b) ist es immer eine seltene Ausnahme von der Regel, wenn der Richter gegen jemand, den er noch gar nicht gehöret hat, mit Befehlen, besonders unbedingten (c) hervorgehet. Vier Fälle zählen die

Reichs-

Reichsgesetze ausdrücklich auf, wo solche unclausulirte Gebotbriefe erkannt werden sollen: 1) wenn die Sache und Handlung, über welche der Befehl nachgesuchet wird, an ihr selbst von Rechts-, oder allgemeiner Gewohnheit wegen verboten, und wo dieselbige begangen, auch ohne einige weitere Erkenntniß für strafwürdig, oder unrechtmäßig zu halten (factum nullo jure justificabile): 2) wenn durch die eingeklagte Sache und Handlung dem anrufenden Theile eine solche Beschwerde auferleget und zugefüget würde, die nach begangener That nicht wieder zu bringen (damnum irreparabile): 3) wenn die Sache und Handlung wider den gemeinen Nutzen wäre (detrimentum reipublicæ): 4) wenn die Sache und Handlung keinen Verzug leiden möchte (periculum in mora) d). Die Absicht der Gesetzgeber aber war hierbei nie, den Richter an diese Fälle genau zu binden und in keinem andern Falle ihm die Erkennung eines unbedingten Befehls zu gestatten (e). Auch die gemeinen Rechte bestimmen hierüber nichts ganz genau (f), es ist daher eine vergebliche Mühe, wenn einige Rechtsgelehrten alle einzelne Fälle haben aufzählen wollen, in welchen unclausulirte Mandate zu erkennen sind (g). Folgende allgemeine, aus der Natur der Sache abgeleitete Regeln vielmehr können bei allen einzelnen, vorkommenden Fällen zu der sichersten Richtschnur dienen: wenn nämlich 1) der Implorant von seiner Seite ein unwidersprechliches Recht, und 2) von Seiten seines Gegners eine, dieses Recht offenbar verlezende, und, vorausgesetzet, daß die von dem Imploranten erzählten Thatsachen nach ihrem ganzen Umfange vollkommen richtig sind, 3) durch keine Schuzreden zu vertheidi-

gen

gen mögliche That, oder Unterlassung zu bescheinigen im Stande ist, dann muß der Richter ihm durch einen unbedingten Befehl zu Hülfe kommen (h). — Als Regel endlich lässet der Satz sich wohl aufstellen, daß unclausulirte Gebote nur auf den Besitz-, nicht aber den Rechtsstand gehen; allein diese Regel leidet dann doch nicht wenige Ausnahmen (i).

a) L. 58. D. de re judic. L. 1. C. de execut. rei judicat. Meine Grundsätze rc. §. 93.

b) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 25. pr.

c) Ebendaselbst.

d) Ebendaselbst — Der zweite Fall ist von dem vierten dadurch verschieden, daß in jenem ein ganz unersezlicher, in diesem aber ein nur schwer ersezlicher Schaden vorausgesetzet wird — Gemeiniglich behauptet man, der erste Fall sey der Hauptfall, und in den drei übrigen finde niemals ein unbedingter Befehl statt, wenn nicht eine schon an sich nicht zu rechtfertigende That eintrete. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß bei dem zweiten und vierten Falle eine unjustificirliche Handlung zum Grunde liegen muß; allein diese braucht doch hier, wegen der mit eintretenden besonderen Umstände, nicht so strenge dargethan zu werden, als in dem ersten Fall, und in Hinsicht auf den dritten Fall ist eine schon an sich nicht zu rechtfertigende That nicht jedesmal nothwendig erforderlich. Joh. Jac. Moser Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Tract. I. Kap. 2. §. 2-6.

e) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 25. pr. und §. 2. J. R. A. §. 79. V. A. von 1713. §. 9.

f) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 9.

g) Joh. Jac. Blum Process. cameral. Tit. 34. No. 74-168. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 46. seq. Moser a. a. O. §. 9. folg. Guil. Roding Pandectæ juris cameralis. Lib. I. Tit. XII. §. 40 seq. Joh.

Joh. Heinr. Christ. von Selchow Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. II. Tit. 42. §. 2. folg. S. 466. Frider. Guil. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 550-572. Vincenz Hanzely Anleitung zu der neuesten Reichshofrathspraxis. §. 763=775.

h) Pütter Nova epitome processus imperii amborum tribunalium supremorum. §. 149.

i) Pütter l. c. §. 152-157. und §. 167. Tafinger l. c. §. 563. de Ludolf l. c. No. 48. Aug. Conr. Dan. Sippmann Systema jurisdictionis supremæ in Imperio R. G., præcipue illius, quæ a Cameræ imper. judicio exercetur. Francof. 1758. P. II. Tit. V. §. 75. Not. b. p. 201.

*) Man hat sehr irrig in den Bescheinigungen, womit das Mandatsgesuch belegt seyn muß, den Grund aufgesucht, warum Mandate ohne den Imploraten zu hören, rechtmäßig seyn sollen. Der Grund liegt in der Qualität des Anspruchs nach dem Zwecke einer ausserordentlichen Rechtshülfe, und in der Gewißheit, daß in Voraussetzung der Wahrheit eines Factums dem Begehren des Klägers keine rechtliche Einrede nach den Gesetzen entgegen stehen kann; daher sollten auch nur unclausulirte Mandate erkannt werden, die clausulirten sind ein fatales Mittelding. Uebrigens sind Mandate niemals ein Urtheil, und sie sollten allemal mit einer Ladung des Imploraten verbunden seyn, wie Grolmann in Martins Magaz. Heft 2. sehr schön bewiesen hat; doch kann man die Ladung als stillschweigend im Mandate enthalten ansehen. Gönner Hdb. B. I. Abh. 7. §. 10.

§. 70.

Fälle, in welchen bedingte Mandate erkannt werden können.

Noch weniger als in Ansehung der unbedingten Befehle haben die Gesetze bestimmt, in welchen Fällen

bedingte erkannt werden sollen (a). Fruchtlos ist daher die Bemühung einiger Gelehrten, alle einzelne denkbare Fälle aufzählen zu wollen, in welchen klausulirte Gebotbriefe statt finden (b). Folgende, aus der Natur der Sache abgeleitete Regeln vielmehr geben die sicherste Richtschnur bei Entscheidung einzelner Fälle ab: wenn der Implorant 1) von seiner Seite ein an sich unwidersprechliches Recht und 2) von Seiten seines Gegners eine dieses Recht zwar verletzende, aber doch, selbst vorausgesetzet, daß die von dem Imploranten vorgetragenen Thatsachen ihrem ganzen Umfang nach wahr sind, durch Einreden noch zu rechtfertigen mögliche That, oder Unterlassung behörig darzuthun im Stande ist; so kann der Richter einen bedingten Befehl ihm nicht abschlagen (c). — Gewöhnlich zwar gehet auch diese Art richterlicher Verfügungen nur auf den Besitzstand; allein da Einreden aller Art dabei zuläßig sind; so erschöpfen die Partien nicht selten auch den Rechtsstand, und es macht mithin auch dieser gar häufig einen Gegenstand der endlichen richterlichen Entscheidung aus (d).

a) K. K. G. O. Thl. II. Tit 25. Thl. III. Tit. 42. J. R. A. §. 81.

b) de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 29 - 42. Jo. Jac. Blum Process. cameral. Tit. 34. No. 39 - 54. Guil. Roding Pandectæ juris cameralis. Lib. I. Tit. 12. §. 7 - 36. Frider. Guil. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 572 - 578.

c) Pütter Nova epitome processus imperii. §. 168.

d) Tafinger l. c. §. 572.

§. 71.

§. 71.

Verfahrungsart bei unbedingten Mandaten.

I. Der Implorant, der sich Hoffnung machen will, einen unbedingten Befehl zu erhalten, muß nothwendig alle in seinem Klageschreiben erzählte, wesentliche Thatumstände, wenn gleich nicht vollständig erweisen, doch mit der höchsten Sorgsalt und Genauigkeit behörig bescheinigen (a). Nicht weniger muß II. bei dem mindesten eintretenden Zweifel ausgeführet werden, daß der vorliegende Fall zu einem unbedingten Befehle geeigenschaftet sey. III. In dem Gesuche wird billig auf das genaueste bestimmt, was der Richter dem Imploraten eigentlich befehlen solle (b). IV. Erscheinet der Impetrat innerhalb der ihm anberaumten Frist und zeiget an, daß er dem an ihn erlassenen Mandate Gehorsam geleistet habe, ist auch der Impetrant mit der angezeigten Parition zufrieden; so hat der ganze Prozeß ein Ende. Beruhiget sich hingegen V. der Impetrant bei der angeblichen Gelebung des Befehls nicht, indem er sie für gar nicht, oder doch nicht für hinreichend geschehen ausgiebt; so entstehet über diesen Punkt ein eigener Schriftwechsel, dem der Richter durch seine Entscheidung ein Ende machen muß. Erkläret sich VI. der Impetrat zu der Parition zwar bereit, schützet aber Umstände vor, die ihm solche vor der Hand noch unmöglich machen (c); so muß der Richter diese Anzeige entweder sogleich als unzuläßig verwerfen, oder den Impetranten darüber hören, allenfalls die Güte versuchen, endlich aber in Entstehung dieser das nöthige verfügen.

a) J. R. A. §. 79. V. A. von 1713. §. 9. Pütter Nova epitome processſ. imperii. §. 151.

Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 10. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 894.

b) Claproth a. a. O. 12. Pütter l. c. §. 158. — Die Rubrik einer solchen Imploration kann füglich diese seyn: Gemüßigte Bitte um einen unbedingten Befehl (von Seiten) ꝛc.

c) Bei Schuldsachen z. B. kommt dieser Fall gar nicht selten vor.

§. 72.

Fortsetzung.

VII. Gewöhnlich erscheinet der Impetrat und fechtet durch seine Ausflüchte den richterlichen Gebotbrief an. Von verzögerlichen Einreden finden hier allein solche statt, die das Wesen des gerichtlichen Verfahrens betreffen; diejenige der unrichtig gewählten Prozeßart indessen verdienet besondere Rücksicht, und die vermischten Schuzreden, wenn sie anders einer weitläufigen Erörterung nicht bedürfen, werden auch hier zugelassen (a). Als zerstörliche hingegen können nur folgende Einwendungen angebracht werden: 1) diejenige des erschlichenen Befehles (exceptiones sub- et obreptionis), mittelst deren die Geschichtserzählung, so wie der Impetrant sie vorgetragen hat, angefochten wird (b): 2) alle übrigen, die besonders befreit sind, und sogleich liquid gemacht werden können (c). VIII. Alle Einreden müssen bei Strafe des Verlustes auf einmal und zusammen, in der Regel vorgebracht werden (d); selbst die den Gerichtsstand ablehnenden (e) geniessen hier des ihnen sonst zugetheilten Vorrechtes nicht (f), und nur folgende zwei Ausnahmen billigen die Gesetze (g): 1) wenn der Impetrant in der Replik

plik etwas neues fürgebracht, und den Impetraten dadurch zu dem Dupliciren veranlasset hat: 2) wenn der Impetrat erst nachher Wissenschaft von seinen Einreden erlanget hat, und dieses entweder behörig bescheiniget, oder eidlich erhärtet (h).

a) K. K. G. O Thl. III. Tit. 42. §. 1. Vincenz Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 603. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 17. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 158. 168. — Von einer Kriegsbefestigung kann die Frage nicht seyn, da eine richterliche Entscheidung schon in der Mitte lieget. Claproth a. a. O. §. 18.

b) Einige Rechtsgelehrte machen in Ansehung des Beweises folgenden Unterschied: wenn der Impetrat behauptet, der Impetrant habe falsche wesentliche Umstände erzählet (exceptio subreptionis); so sey der Krieg eigentlich verneinend befestiget, der Impetrant müsse daher den Beweis über sich nehmen: wenn hingegen der Impetrat behauptet, der Impetrant habe wahre wesentliche Umstände verschwiegen (exceptio obreptionis); so sey der Krieg bejahend befestiget, mithin müsse auch der Impetrat den Beweis seiner Einrede übernehmen. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. L. I. Tit. 3. §. 11. Die Gesetze aber kennen diesen Unterschied nicht, überlassen es vielmehr lediglich dem Ermessen des Richters — wem, ob dem Impetranten, oder dem Impetraten — der Beweis aufzulegen sey. J. R. A. §. 80. Sieh. Car. Otto Graebe Disquisitio de exceptionibus sub et obreptionis earumque probatione. Rintel. 1788.

c) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 42. §. 1. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 160. de Ludolf Com. system. de Jure cameral. Sect. I. §. 10. No. 18. Joh. Jac. Moser Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Tract. 1. Kap. 3. §. 26. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 186.

d) J.

d) J. R. A. §. 78.

e) Meine Grundsätze ꝛc. §. 160. 168. 170.

f) de Cramer Systema processus imperii. Sect. II. Tit. 2. §. 610. Derselbe Nebenstunden. Thl. IV. Abhandl. 5. Thl. IX. Abhandl. 4. Thl. LXXIX. S. 30. (von Balemann) Visitationsschlüsse die Verbesserung des kaiserlichen Reichskammergerichtlichen Justizwesens betreffend. Lemgo 1770. S. 247. Tafinger Institut. jurisprud. cameral. §. 907. Das Gegentheil behauptet: Pütter l. c. §. 164. Idem Diss. de exceptionibus fori declinatoriis in processu mandati S. C. speciatim an rejectis iis adhuc locum habeant exceptiones sub - et obreptionis? Goetting. 1760. (in Opuscul. p. 147.)

g) J. R. A. §. 78. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 161.

h) Um der Gleichheit des Grundes willen sind noch folgende Fälle hierher zu zählen: 1) wenn die Einreden erst nach dem ersten Termine erwachsen; 2) wenn sie so beschaffen sind, daß woferne ihnen nicht abgeholfen wird, eine Nichtigkeit des Prozesses daraus entstehet: 3) wenn dieselbe wider fortdauernde Beschwerden gerichtet sind: 4) wenn sie aus einer rechtmäßigen Ursache, mittelst Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorgebracht werden. von Selchow Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 14. S. 730. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 168. 189.

§. 73.

Fortsetzung.

IX. Die von dem Impetraten eingebrachten Schuzreden muß der Richter sorgfältig prüfen. Findet er sie ganz unzuläßig; so muß er sie sogleich verwerfen, und die Gelebung des Mandats wiederholt befehlen (a). Sind dieselben hingegen erheblich und an sich zuläßig; so sind sie dem Impetranten zu Einreichung seiner Re-

plik

plik mitzutheilen (b). X. Mit der Replik schliesset sich in der Regel das gerichtliche Verfahren (c), und diese Prozeßart hat das auszeichnende, daß dem Impetranten in allen Fällen der letzte Satz zustehet (d). XI. So bald durch den Schriftwechsel der Partien die Sache behörig erörtert ist, tritt das Amt des Richters ein, der entweder auf Beweis erkennen oder endlich sprechen muß. In dem lezteren Fall hebt er entweder seinen Befehl wieder auf, oder bestätiget denselben entweder seinem ganzen Inhalte nach, oder doch zum Theil (e).

a) J. R. A. §. 76.

b) J. R. A. §. 77.

c) J. R. A. §. 77. Es wird zwar hier verordnet, daß der Termin zur Replik so viel möglich eingezogen werden soll; allein dessen ohngeachtet kann der Richter doch, nach Befinden der Umstände, diesen Termin allerdings um so mehr erstrecken, da, in der Regel, der Impetrant es ist, dem an Beförderung der Sache am meisten gelegen seyn muß. Moser Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. I. Tr. I. Kap. 3. §. 44. von Selchow Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 2. 3. S. 718.

d) Pütter Nova epitome processus imperii. §. 161. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 211.

e) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 20 = 23.

§. 74.

Fortsetzung.

XII. Das Gesuch des Impetraten, wenn er um Verlängerung des Termines zu Einbringung seiner Einreden bittet, verwerfen die Gesetze als unzuläßig (a).

Dem

Dem Richter bleibet daher nichts übrig, als die Gelebung des Mandates wiederholt zu befehlen und auf diese Weise die Beibringung der Schuzreden, die jetzo immer noch statt hat, zu befördern (b). XIII. Leistet der Impetrat dem an ihn erlassenen Befehle keine Folge, erscheinet auch in dem anberaumten Termine nicht; so wird das Gebot ein=, auch, nach Verschiedenheit der Umstände, wohl mehrmalen wiederholet, und endlich die Vollstreckung desselben verfüget (c). XIV. So bald der Impetrat dem richterlichen Befehle völlig Genüge geleistet hat, ist er allerdings berechtiget, entweder in dem ordentlichen Besiz= oder in dem Rechtsstande vor dem gehörigen Richter seine Befugnisse auszuführen (d). XV. Erlaubet sich der Impetrat nach schon erkanntem Mandate neue, zu einem unklausulirten Gebote geeigenschaftete Thathandlungen; so kann, je nachdem diese mit den vorhergegangenen, bereits eingeklagten von einerlei Gattung und Gegenstand sind oder nicht sind, entweder um Erstreckung des schon erkannten Mandates auf die neuen Thathandlungen, oder um Erkennung eines neuen Gebotes nachgesuchet werden (e). XVI. Wiederklage kann, nach der Natur des Mandatsprozesses, als eines schleunigen und sehr befreieten, in der Regel nicht statt finden. Das vernünftige Ermessen des Richters ist jedoch hier nicht ausgeschlossen, sondern darf, nach Beschaffenheit der Umstände, eine Ausnahme wohl zulassen (f). XVII. Der Zuläßigkeit der Intervention endlich stehet, wenn sie nur einer weitläufigen Erörterung nicht bedarf, und bei der Hauptsache nicht Gefahr auf dem Verzuge haftet, nichts im Wege (g).

a) J.

a) J. R. A. §. 76.

b) Pütter Nova epitome processus imperii. §. 162. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 904. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. II. §. 4. No. 6. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 23. Mevius P. II. Decis. 183.

c) Bis zur Vollstreckung hin kann der Impetrat immer noch erscheinen, und, wenn er dem Impetranten alle Schäden und Kosten ersetzet, seine Einreden vorbringen. Tafinger l. c. §. 902. 903. Pütter l. c. §. 165. — Ob der Richter seine wiederhohlten Befehle unter Androhung erhöheter Geldstrafen erlassen will, hänget von seinem Ermessen ab. — Lässet es der Impetrat zur wirklichen Exekution kommen; so werden die verwürkten Geldstrafen billig auch mit beigetrieben.

d) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 25. §. 1.

e) Vincenz Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 826. 829.

f) Der Impetrant z. B. hat auf eine mit allen nöthigen Eigenschaften versehene Schuldverschreibung einen unbedingten Befehl erhalten, der Impetrat belanget ihn dagegen um eben so viel, oder um eine noch größere Summe, und zeiget zugleich, daß er schwer zu belangen ist, oder daß die Gegenklage ganz fruchtlos seyn würde, wenn er einmal befriediget worden. Moser Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. I. Tr. I. Kap. 3. §. 46. von Selchow Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Thl. II. Tit. 52. §. 4. S. 719. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 26. Meine Grundsätze ꝛc. §. 469.

g) Moser a. a. O. §. 48. von Selchow a. a. O. §. 6. S. 719. Meine Grundsätze ꝛc. §. 481. N. 3.

§. 75.

Verfahrungsart bei bedingten Mandaten.

I. Der Implorant muß die in seinem Klageschreiben angeführten wesentlichen Thatumstände nach Möglichkeit bescheinigen (a). Ausserdem II. darthun, daß die Sache zu einem bedingten Befehle geeigenschaftet sey. Endlich aber III. mit möglichster Bestimmtheit sein Gesuch auf das richten, was er will, daß seinem Gegner aufgegeben werde (b). IV. Erscheinet der Impetrat und zeiget an, daß er dem Mandate Gehorsam geleistet habe, oder doch leisten wolle; oder bittet er um Verlängerung des Termines zu Beibringung seiner Einreden; oder bleibet er ungehorsam ganz aus; so wird eben so wie bei den unbedingten Geboten verfahren (c). V. Erscheinet hingegen der Impetrat, und bringet, welches freilich der gewöhnlichere Fall ist, seine Einwendungen vor; so kann er 1) alle verzögerlichen Einreden, die das Wesen des Prozesses betreffen, vorschützen, und unter andern ist diejenige der unrichtig gewählten Prozeßart besonders wichtig für ihn. 2) Die den Gerichtsstand ablehnenden Schuzreden können hier allein vorgebracht werden, und der Richter muß über sie besonders erkennen (d). 3) Die bedingten Mandate enthalten im Grunde blos ein alternatives Gebot, entweder zu pariren, oder Gründe anzuführen, die von der Nothwendigkeit der Paritionsleistung befreien, schon der Natur der Sache nach müssen daher alle an sich, je nachdem nämlich vom Besiz- oder dem Rechtsstande die Rede ist, zuläßige zerstörlichen Einreden auch hier statt haben (e). VI. Findet der Richter bei der angestellten Prüfung die vorgebrachten Einreden offenbar unzuläßig; so muß er

mit ihrer Verwerfung dem Impetraten zugleich die Gelebung des Mandates nun unbedingt aufgeben. Bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen ist der Impetrant mit seiner Replik allerdings zu hören (f). Dem Ermessen dieses aber ist es VII. überlassen, ob er den ihm entgegen gesezten Schuzreden blos im allgemeinen widersprechen, oder eine Widerlegung dagegen einreichen will (g). VIII. Mit der Duplik schliesset sich das ganze Verfahren, und ohne besondere richterliche Erlaubniß werden weitere Schriftsätze nicht zugelassen (h). IX. Bei der Beweisführung müssen der Richter und die Partien immer nur das vor Augen behalten, daß hier von einer summarischen Prozeßart die Rede ist, und daß, weil für den Impetranten ein schon erwiesenes Recht streitet, dem Impetraten hauptsächlich der Beweis oblieget (i). X. Nach vollendetem Schriftwechsel der Partien tritt das Amt des Richters ein, der bei seiner endlichen Entscheidung, nach Verschiedenheit der Umstände, dem unterliegenden Theile die weitere Ausführung des ordentlichen Besiz- oder Rechtsstandes vorbehalten muß. XI. Gegenklagen werden hier nicht so leicht zugelassen (k), der Statthaftigkeit einer Intervention hingegen stehet an sich nichts im Wege. Aus dem allen endlich ergibt sich XII. wie irrig die Vorstellung einiger Gelehrten ist, wenn sie annehmen, daß ein jeder bedingter Befehl, so bald der Impetrat Einreden vorbringet, in eine blose Ladung verwandelt werde, und ganz nach den Regeln des ordentlichen Prozesses zu behandeln sey (l). Auch der bedingte Mandatsprozeß ist seiner Natur nach allzeit ein summarischer, und es ist blos die Schuld des Impetranten, wenn er bei seinem liquiden Klagerecht in weitläufige Erörterungen sich einlässet,

lässet, oder, in soferne blos von dem Besizstande die Rede ist, in den Rechtsstand eingehet. Die Wirkung des Mandats ruhet nur so lange bis der Richter über die Erheblich- oder Unerheblichkeit der Schuzreden erkannt hat (m).

a) Der J. R. A. §. 79. und der V. A. von 1713. §. 9. sprechen zwar namentlich nur von unbedingten Befehlen; allein um der Gleichheit des Grundes willen sind diese Verordnungen allerdings auch auf die bedingten Mandate auszudehnen.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 143. 144. Die Rubrik einer solchen Imploration kann diese seyn: Gemüßigtes Gesuch um einen bedingten Befehl (von Seiten) rc.

c) Pütter Nova epitome processus imperii. §. 170. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 922. 923.

d) Tafinger l. c. §. 924. (von Balemann) Visitationsschlüsse die Verbesserung des kaiserl. Reichskammergerichtlichen Justizwesens betreffend. Lemgo. 1779. S. 247. Vergl. oben §. 24. No. VIII. — Aus der Kriegsbefestigung, wenn sie gleich keine förmliche zu seyn brauchet, muß doch genau erhellen, was der Impetrat in Ansehung der von dem Impetranten erzählten Thatsachen einräumet, was er abläugnet.

e) Tafinger l. c. §. 921. Claproth a. a. O. §. 151. 152.

f) J. R. A. §. 81.

g) Ebendaselbst.

h) Ebendaselbst. Tafinger l. c. §. 925.

i) J. R. A. §. 82. Tafinger l. c. §. 926. de Ludolf Com. systema de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 26. 27. Claproth. a. a. O. §. 155.

k) Pütter l. c. §. 170. de Ludolf l. c.

l)

l) Pütter l. c.

m) de Ludolf l. c. No. 24-29. Tafinger l. c. §. 922. 928. Claproth a. a. O. §. 153. Schilter Exercitat. XLVII. Thes. 5. 6. Sieh. noch Petrus Friderus Mindanus Tr. de processibus, mandatis, et monitoriis in imperiali camera. Francof. 1618. 1620. 1660. 1696. Wezlar. 1737. Thom. Maulius Tr. de mandatis et monitoriis judicialibus. Francof. 1635. 4. Frid. Gerdes Diss. de mandatis cum et sine clausula. Gryphisw. 1667. Eug. Gottl. Rink Diss. de mandatis cum et sine clausula. Altorf. 1697. Jo. Alb. Ruland Diss. de differentiis quibusdam mandatorum sine et cum clausula. Giss. 1737. Jo. Pet. Banniza Diss. de mandatis cum et sine clausula eorumque processu in supremis imperii dicasteriis usitatissimo. Wirceb. 1739. Christ. Aug. Reichel Diss. de rite constituendis quatuor casibus circa mandata sine clausula vulgo auf die vier Fälle, quæ coram summis tribunalibus S. R. I. frequentantur. Erford. 1746. G. Frid. Püls Diss. de jure exceptionum fori declinatoriarum in processu mandati. Bamberg. 1780. Christ. Frid. a Freisleben Diss. mandato sine clausula poenali ob exceptionis sub- et obreptionis impune non pareri. Goetting. 1754. Boehmer Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. IV. §. 6-12. Estor Anweisung zu dem summarischen Prozeß. Hauptst. 15. §. 353. folg. Derselbe Anweisung für die Beamten. Thl. II. §. 1575. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1523. folg.

Neuntes Hauptstück.

Von dem Exekutiv-Prozeß.

§. 76.

Exekutivprozeß.

Der Exekutivprozeß ist derjenige, wo der Implorant alle wesentliche Stücke seiner Imploration sogleich bei ihrer Einreichung durch Urkunden behörig darthut, und wo daher der Richter dem Imploraten aufgiebt, über die vorgelegten Urkunden ohne weiteres sich zu erklären. Dieser Prozeß weichet also von dem gewöhnlichen Verfahren darin ab, daß die Beweishandlung gleich mit der Klage verbunden wird, mithin, wenn der Richter in der Folge den geführten Beweis für hinreichend hält, die Verdammung des Imploraten und, im Fall es nöthig ist, die Vollstreckung des richterlichen Erkenntnisses ohne alle Umschweife erfolget. Von dem Mandatsprozesse ist derselbe verschieden, da er mit der Beweishandlung seinen Anfang nimmt, jener hingegen mit einem Befehle sogleich beginnet. Zu Gunsten des Klägers, der seine ganze Klage sogleich behörig erweisen kann, ist derselbe hauptsächlich eingeführet, von jenem daher hänget es ab, ob er sich dieser Begünstigung bedienen, oder gleich anfänglich den ordentlichen Prozeß wählen (a), oder doch in der Folge Handlungen, die mit der Natur dieser

dieser befreieten, schleunigen Verfahrungsart streiten, z. B. Kriegsbefestigung, Vorschützung solcher Einreden, die einer weitläuftigen Erörterung bedürfen, u. s. w. zulassen, und eben dadurch seinem Rechte stillschweigend entsagen will (b). Dem Imploraten hingegen kann sein Unternehmen nicht gelingen, wenn er in der Absicht den Wirkungen des Exekutivprozesses zu entgehen, und der Aufzüglichkeiten des ordentlichen Prozesses zu geniessen, den Imploranten zu Anstellung der Klage auffordert, oder seine illiquiden Schuzreden in dem Gewande einer Klage fürbringet (c). Auf allgemeinen, in ganz Teutschland geltenden bestimmten Gesetzen übrigens beruhet dieser Prozeß nicht d), und eben deswegen ist die Verfahrungsart bei demselben in den einzelnen teutschen Provinzen gar sehr verschieden (e). Aus der Natur der Sache indessen sowohl, als auch aus dem Gerichtsbrauche lassen sich doch füglich allgemeine Grundsätze ableiten, die so lange zur Richtschnur dienen können, bis nähere Bestimmungen aus besonderen Gesetzen, oder Gerichtsobservanzen dargethan werden (f).

a) Leyser Spec. 276. M. 5.

b) Leyser l. c. M. 6. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. 3. §. 16.

c) David Mevius Kommentarius von wucherlichen Kontrakten. Stade 1673. Thl. II. Kap. 11. §. 20. S. 166. Berger Electa processus executivi. §. 46. 47. Leyser l. c. Cor. I. Spec. 123. M. 6. Das Gegentheil nimmt an Schilter Exercitat. XIII. Th. 19. Das aber ist ausser Zweifel, daß der Implorat seine illiquiden Einreden, die in dem Exekutivprozeß nicht zugelassen werden, besonders anzubringen und auszuführen wohl berechtiget ist. Wernher P. IV. Obs. 1. No. 105. seq.

Schaum-

Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. I. Cap. 2. §. 2. Sieh. unten §. 37.

d) Bei den Römern wurde zwar in klaren Schuldsachen auch summarisch verfahren. L. 6. C. Theod. de denunciat.; aber der heut zu Tage übliche Exekutivprozeß war ihnen doch gar nicht bekannt. Jo. Godof. Bauer Progr. de processu executivo ob caussam legati non admittendo. Lips. 1758. (in Opuscul. Tom. I. No. 44. p. 447.) Schilter Exercit. XIII. Th. 15. seq. Berger l. c. §. 5. Der J. R. A. §. 174. verordnet blos im allgemeinen, es soll im Fall des Saumsals, auf blose Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldner verfahren werden. Bauer l. c. Mevius a. a. O. Thl. I. Kap. III. §. 12. folg. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1630. folg.

e) Mevius a. a. O. Thl. I. Kap. II. §. 5.

f) Derselbe a. a. O. Thl. I. Kap. III. §. 9.

§. 77.

Geschäfte, bei welchen der Exekutivprozeß statt findet.

Die Absicht, den Kredit durch schleunige Justizverwaltung zu erhalten, hat dem Exekutivprozeß sein Daseyn gegeben. Aus diesem Grunde war, und ist derselbe noch heute vorzüglich dann, wenn von Geldvorschüssen (mutuum) die Rede ist, im Gebrauche (a). Genau genommen indessen beruhet er dann doch auf allgemeineren Gründen, darauf nämlich, daß derjenige, der alle wesentliche Stücke seiner Klage sogleich behörig darthun kann, mit den Umschweifen des ordentlichen Prozesses billig zu verschonen ist. In dieser Hinsicht lässet sich, in Ermangelung besonderer Gesetze, oder Observanzen, mit Grunde nicht zweiflen, daß derselbe bei allen Arten von Geschäften, sie seyen

einseitige, oder zweiseitige (b), die producirten Urkunden mögen einen Vertrag (pactum obligatorium) enthalten, oder nicht (c), wenn nur sonst alle Erfordernisse eintreten, statt haben muß.

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 156. 157. 160. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. I. Kap. 3. §. 1. folg. Gönner Hdb. B. IV. Abh. 77. §. 3.

b) Berger Electa processus executivi. §. 29-36. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 2. §. 7. Mevius a. a. O. Thl. II. Kap. I. §. 5. folg. Claproth a. a. O. §. 160. Wernher P. I. Obs. 149. P. III. Obs. 172. P. VII. Obs. 37. Pufendorf Tom. III. Obs. 210. Tom. IV. Obs. 33. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 42. Struben R. B. Thl. IV. B. 34. Andere wollen bei zweiseitigen Geschäften den Exekutivprozeß nicht zulassen, weil dem Imploranten hier immer die Einrede des nicht erfüllten Kontraktes im Wege stehe. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 2. No. 5. §. 3. 4.; allein da nach dem Begriff des Exekutivprozesses vorausgesetzt werden muß, daß der Implorant auch die von seiner Seite geschehene Erfüllung des Vertrages, als ein wesentliches Stück seiner Klage darzuthun im Stande ist; so zerfällt dieser Einwurf von selbst.

c) Leyser Spec. 381. M. 2. seq. Schaumburg l. c. Not. h. Car. Ferd. Hommel Rhaps. Obs. 4. Wernher P. I. Obs. 105. P. IV. Obs. 93. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XXX. §. 43. Das Gegentheil behauptet Joan. Godofr. Bauer Pr. de processu executivo ob caussam legati non admittendo. Lips. 1785. (in Opuscul. Tom. I. No. 44. p. 450.)

§. 78.

Beschaffenheit der Urkunden, die den Exekutivprozeß begründen.

Mit Urkunden muß der Implorant nothwendig alle wesentliche Stücke seiner Klage belegen, denn mit einer andern Beweisart wird er durchaus nicht zugelassen (a). Diese Urkunden nun müssen A), was ihre äusserliche Form betrift, folgende Eigenschaften an sich haben: 1) ob der Implorat sie ganz geschrieben, oder blos unterschrieben, ob er sie selbst geschrieben, oder unterschrieben, oder durch andere schreiben, oder unterschreiben lassen, ob er sie untersiegelt hat, oder nicht, ist an sich gleichgültig (b), nur kann die Untersiegelung allein, ohne Unterschrift, für hinreichend nicht gehalten werden (c). 2) Alle wesentliche Stellen der Urkunden müssen ohne sichtbare Mängel seyn, In denselben darf daher nichts ausgestrichen, ausgekratzet, überschrieben, auf den Rand geschrieben, durchschnitten, zerrissen seyn (d). 3) Einen vollständigen Sinn müssen die Urkunden enthalten, solche daher, die auf andere sich beziehen, ohne die wesentlichen Stücke aus denjenigen, auf welche sie sich beziehen, zu enthalten, werden hier nicht zugelassen (e). Eben so wenig kann ein bloses Blanquet, wenn es nicht alles wesentliche, was zur Begründung der Verbindlichkeit gehöret, in sich fasset, bei dieser schleunigen Verfahrungsart zum Grunde geleget werden (f). 4) Jahr und Tag der Ausstellung muß in den Urkunden nothwendig ausgedrücket seyn (g). Endlich ob 5) die beigebrachten Urkunden öffentliche, oder privat Urkunden sind, ist an sich gleichgültig. Die ersteren indessen bedürfen einer Anerkennung nicht (h), und

be-

begründen daher, wenn es an den übrigen Erfordernissen nicht mangelt, den für den Imploranten noch vortheilhafteren Mandatsprozeß (i).

a) Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 5. Schaumburg Princ. prax. jurid. judic. Lib. II. Cap. II. §. 2. Berger Electa proc. executivi. §. 8. Wernher P. I. Obſ. 36. P. III. Obſ. 198. Hofmann Teutſche Reichspraxis. Thl. II. §. 1648. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 187. No. 5. Andere laſſen jedoch auch die Eideszuſchiebung zu. Leyſer Spec. 135. M. 1. 2. Spec. 276. Cor. 3. Claproth Einleitung in sämtliche ſummariſche Prozeſſe. §. 162.

b) Berger l. c. §. 20. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 3. §. 11. folg. Claproth a. a. O. §. 160. No. 5. 6.

c) Wernher P. II. Obſ. 416. P. IV. Obſ. 206. Schaumburg l. c. §. 4. Das Gegentheil behauptet Berger l. c. §. 20. Betrifft die Sache eine, mit einem öffentlichen Siegel verſehene Gemeinheit, oder Kolleg; ſo iſt die Unterſiegelung allein hinreichend. Struben R. B. Thl. IV. B. 77.

d) Sahaumburg l. c. §. 3. Claproth a. a. O. No. 2. 3. Berger l. c. §. 21. Ludovici a. a. O. §. 2. Wernher P. VI. Obſ. 407.

e) Wernher P. II. Obſ. 362. Mevius a. a. O. §. 18.

f) Wernher P. VI. Obſ. 260. Schaumburg l. c. §. 3. Ludovici a. a. O. §. 29.

g) Leyſer Spec 275. M. 1. ſeq. Claproth a. a. O. No. 7.

h) Meine Grundsätze ꝛc §. 330.

i) Schaumburg l. c. §. 3. Berger l. c. §. 24. (es iſt gegründeten Zweifeln ausgeſetzt, ob hier ein Mandat ſtatt finde, und ob hierdurch der Kläger einen beſonderen Vortheil erreiche. Die Reichsgerichte er-

erkennen Mandate, aber nur deshalb, weil bei ihnen der Exekutivprozeß nicht üblich ist.)

§. 79.

Fortsetzung.

Ausser der äusserlichen Form verdienet aber auch B) der wesentliche Inhalt der beigebrachten Urkunden vorzügliche Rücksicht. Hierbei kommen nun folgende Punkte in Betrachtung: 1) der Schuldner und Gläubiger müssen bestimmt angegeben und benannt seyn (a). 2) Summe und Münzsorte müssen angeführt seyn, so daß an der genauesten Bestimmung der Forderung selbst kein Mangel ist (b). 3) Der Rechtsgrund der Forderung (caussa debendi) darf nicht fehlen, ob er aber namentlich und ausdrücklich, oder stillschweigend durch Worte, die keine andere Auslegung wohl zulassen, ausgedrücket worden, ist an sich gleichgültig (c). 4) Auf die Bestimmung der Zeit der zu leistenden Zahlung muß hier nothwendig Rücksicht genommen werden. Auf eine Urkunde daher, in welcher der Termin der zu leistenden Zahlung nicht angegeben ist (d), oder auf ein Geschäfte, dessen Verbindlichkeit von der Existenz einer Bedingung erst noch abhänget (e), kann der Exekutivprozeß nicht gegründet werden. 5) Enthält die Verschreibung widerrechtliche Punkten, so kann wenigstens in Ansehung dieser exekutivisch nicht geklaget werden (f). 6) Daß die in den Gesetzen zu der Verjährung der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes vorgeschriebene zwei Jahre verstrichen seyen, ist nicht nothwendig, indem diese Einrede, wenn sie nicht sogleich erweislich ist, in dem Exekutivprozeß nicht statt findet, sondern in die Wiederklage zu dem ordentlichen Ver-

Verfahren zu verweisen ist, wo jedoch die gesezlichen Vortheile derselben allerdings noch statt haben müssen (g). 7) Die exekutivischen Klauseln (h) brauchen in den Urkunden nicht ausgedrückt zu seyn (i), denn wenn dieses der Fall ist; so können, vorausgesetzet, daß alle übrigen Erfordernisse eintreten, unbedingte Befehle erkannt werden (k) — Urkunden nun, die die bisher aufgezählten innere und äussere Eigenschaften an sich tragen, aus denen folglich sogleich erhellet, was, wieviel, aus welchem Rechtsgrunde und zu welcher Zeit einer dem andern etwas schuldig ist, mittelst deren also alle wesentliche Stücke l) der Imploration sogleich dargethan werden können, heissen guarentigiirte (m), oder klare Brief und Siegel, und begründen den Exekutivprozeß.

a) Wenn es also in der Urkunde blos heißt: ich bekenne: daß ich 1000 Thlr. Anlehnsweise schuldig worden bin, und verspreche solche an Michaelis dieses Jahres wieder zu bezahlen — oder — Nachdem Titius 1000 Thlr. geliehen; so sollen selbige Michaelis wieder bezahlet werden; so findet der Exekutivprozeß nicht statt. Auch nicht dann, wenn gleich in der Urkunde des Besitzers Meldung geschehen ist. Z. B. verspreche den Innhaber dieses Scheins zu bezahlen. Berger Electa processus executivi §. 10.

b) L. 6. D. de reb. credit. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 3. §. 6. 8.

c) Z. B. baar erhalten, verspreche wieder zu bezahlen u. s. w. Berger l. c. §. 10. 11. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 2. §. 6. Renner Meditat. ad h. l. p. 162. Mevius a. a. O. § 3. 4. 5 Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 3. Ist der Grund der Forderung weder ausdrücklich, noch stillschweigend ausgedrückt; so muß der Gläubiger zu dem ordentlichen Prozeß verwiesen werden, wo er denselben durch andere

dere Beweismittel darthun kann. Leyser Spec. 132. M. 1. 2. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 161. Carl. Matth. Daegener Diss de declinanda recognitione documentorum propter deficientem causam debendi in processu executivo. Lips. 1721. Carpzow P. I. Const. 17. Defin. 39. seq.

d) Haben die Partien eine Loskündigung verabredet; so muß der Implorant, daß diese geschehen, behörig darthun — Kommt in der Schuldverschreibung zu Gunsten des Gläubigers die Klausel vor: wann ich es fordern werde — so hindert das den Exekutivprozeß nicht — Verspricht hingegen der Schuldner die Wiederbezahlung ehestens, so bald man könne, bei Gelegenheit u. s. w. so kann der Exekutivprozeß nicht eintreten, da hier, wenn die Partien sich nicht vereinigen können, der Richter zuvor einen Termin anberaumen muß. Berger l. c. §. 13. Schaumburg l. c. § 5. Wernher P. VII. Obs. 187. P. IX. Obs. 86. Mevius P. I. Dec. 73. P. III. Dec. 144. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 784.

e) Kann der Implorant darthun, daß die Bedingung wirklich eingetreten ist; so stehet der Zuläßigkeit des Exekutivprozesses nichts im Wege. Berger l. c. §. 12. Schaumburg l. c. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 2. §. 4.

f) Claproth a. a. O. §. 161. Mevius a. a. O. §. 9.

g) Gmelin und Elsässer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band II. Abhandl. 2. S. 19. Schaumburg l. c. §. 11. Finckelthaus Obs. 119. Schilter Exerc. XXII. Th. 19. 20. Boehmer Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. 8. § 61. Hellfeld l. c. §. 787. Berger l. c. §. 43. 44. Das Gegentheil behauptet Ludovici a. a. O. §. 2.

h) Z. B. mit oder ohne Recht, mit Gericht oder ohne Gericht, ihres Gefallens in- und ausserhalb Rechtens sich zu ergreifen, und andere ähnliche. Roding Pan-

Pandectæ juris cameralis. Lib. I. Tit. 12. §. 104. seq. K. K. G. O. Thl. II. Tit. 25. §. 5. folg.

i) Mevius a. a. O. Thl. I. Kap. 3. §. 8.

k) K. K. G. O. Thl. II. Tit. 25. §. 5. folg. Pütter Nova epitome processus imperii amborum tribunalium supremorum. §. 153. 154. Claproth a. a. O. §. 160. (Diese Bemerkung hat nur bei den Reichsgerichten wegen Umgehung der Austrägalinstanz einen Werth.)

l) Wenn daher nur ein einziger wesentlicher Umstand, der zu der Entscheidung der Sache etwas beiträget, aus den beigebrachten Urkunden nicht erhellet; so findet der Exekutivprozeß nicht statt. Nebenverbindlichkeiten hingegen brauchen nicht nothwendig durch die Urkunden sogleich erwiesen zu werden. Leyser Spec. 276. M. 1. 2. Berger I. c. §. 7. Schaumburg I. c. §. 2. Ludovici a. a. O. §. 3.

m) Diese Benennung kommt von dem altteutschen Wort — Waren. cavere, War, cautio her. Wachter Glossar. German. V. Gewer, War, Waren. Du Fresne Glossar. med. et infim. latinitat. v. Warantus. Schilter Exerc. XIII. Th. 15.

§. 80.

Eigenschaften des Imploranten bei dem Exekutivprozeß.

Nicht nur derjenige, der in der beigebrachten Urkunde als Gläubiger ausdrücklich benannt ist (§. 32. No. 1.), sondern auch ein jeder anderer, auf welchen das jenem zustehende Klagerecht auf eine gesetzmäßige Weise übergegangen ist, kann des Exekutivprozesses sich bedienen. Nur muß die Legitimation zu der Sache (a) durch unverdächtige Urkunden sogleich in das reine gebracht werden. Ist dieses nicht thunlich, so wird das exekutivische Verfahren so lange aufgeschoben,

bis

bis dieser wesentliche präjudicielle Punkt behörig berichtiget ist (b).

a) Meine Grundsätze 2c. §. 124. 125.

b) Berger Electa processus executivi. §. 15. 16. 36. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 2. §. 4. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß Kap. III. §. 6. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 4. Joh. Godofr. Bauer Pr. an et quando assignatio processui executivo locum det? Lips. 1758. (in Opuscul. Tom. I. No. 45. p. 454).

§. 81.

Eigenschaften des Imploraten bei dem Exekutivprozeß.

Ausser dem in der Schuldverschreibung ausdrücklich benannten Schuldner kann ein jeder, der in die Stelle jenes auf eine rechtsbeständige Weise getreten ist, exekutivisch belanget werden. Die Passivlegitimation (a) muß jedoch durch unverwerfliche Urkunden sogleich liquid gemacht werden, wenn nicht der Exekutivprozeß bis zu der Berichtigung dieses Punktes verschoben werden soll (b).

a) Meine Grundsätze 2c. §. 124. 125.

b) Berger Electa processus executivi. §. 17. seq. §. 36. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 5 Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Lib II. Cap. 2. §. 4. Carl Ferd. Hommel Rhapsod. Obs. 12. Obs. 155. Wernher P. III. Obs. 54. Mevius P. VII. Decis. 124.

§. 82.

Verfahrungsart bei dem Exekutivprozeß.

I. Die Geschichtserzählung in der Imploration darf keine wesentlichen Thatsachen enthalten, die nicht aus den, wenigstens in Abschrift, beigelegten Urkunden (a) hinreichend erhellen. II. Daß die Verbindlichkeit des Imploraten jetzo schon mit voller Wirkung eintrete, daß z. B. die Loskündigung geschehen, daß die Zeit verflossen, daß die Bedingung eingetreten sey u. s. w. darf mit Stillschweigen nicht übergangen werden (b). III. Den Grund der Klage umständlich auszuführen ist in der Regel zwecklos, da es sich von selbst verstehet, daß der Implorat dasjenige, was er in den beigelegten Urkunden versprochen hat, leisten muß. IV. Bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen ist es räthlich, die Zuläßigkeit des Exekutivprozesses in dem vorliegenden Falle bündig darzuthun. V. Die Bitte gehet dahin: dem Imploraten die Imploration samt Beilagen mitzutheilen, einen Termin zu Vorlegung der Urschriften, und zu deren Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung anzuberaumen, den Imploraten dazu unter der Verwarnung, daß im nicht Erscheinungsfall die Urkunden als richtig angenommen werden sollen, vorzuladen, auch demselben frei zu lassen, alle in diesem Prozesse zuläßigen Einreden acht Tage vor dem Termine vorzubringen (c) — Dafür muß der Implorant sich sorgfältig hüten, daß er nicht auf Einlassung, Antwort, Kriegsbefestigung von Seiten des Imploraten antrage, indem er sich sonst stillschweigend der Vortheile des Exekutivprozesses begiebt (d). VI. Der Richter dagegen muß die eingereichte Imploration nach den im vorhergehenden vorgetragenen Grund=

Grundsätzen sorgfältig prüfen. Ist der Exekutivprozeß unrichtig gewählet, so ist die Klage, immassen sie angebracht, zu verwerfen, und dem Imploraten binnen der gewöhnlichen Frist die exceptivische Nothdurft abzufordern. Stehet hingegen der Zulässigkeit dieser schleunigen Verfahrungsart nichts im Wege; so wird die Ladung, wie sie gebeten worden, ausgefertiget, und es hänget blos von dem Herkommen bei einem jeden Gerichte ab, ob gleich die erste Ladung unter der Verwarnung erlassen wird, daß im nicht Erscheinungsfalle die beigebrachten Urkunden für richtig erkannt werden sollen.

a) Das Gesuch um Herausgabe der Urkunden kann mit demjenigen um Anerkennung derselben in dem nämlichen Klageschreiben hier nicht verbunden werden. Berger Electa processus executivi. §. 45. Schaumburg Princip. prax. jurid. judic. Lib. II. Cap. II. §. 8. Wernher Supplem. ad P. VIII. Obs. 355. p. 765. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 2. §. 1. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 315.

b) Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 70. 79.

c) Es gereichet sehr zur Beförderung der Sache, wenn der Implorat vor dem anberaumten Termine seine exceptivische Nothdurft einreichen muß. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 166.

d) Berger l. c. §. 22. Schaumburg l. c. Wernher P. III. Obs. 358. P. VI. Obs. 388. — Die Rubrik dieser Imploration kann folgende seyn: — Exekutivische Klage (von Seiten) u. s. w.

§. 83.

§. 83.

Fortsetzung.

VII. Erscheinet der Impetrant in dem zu Vorlegung der Urschriften (a) anberaumten Termine nicht; so ziehet er sich die Strafe der Desertion zu, die Urkunden werden für verlohren erkläret (b), und der Impetrat, wenn er nicht durch Vorschüzung und behörige Bescheinigung seiner Einreden auf Entbindung von der Klage dringen kann (c), muß auf sein Verlangen von dem angestellten Exekutivprozeß entbunden werden (d). VIII. Der Ungehorsam des Impetraten hat, wenn die erlassene Ladung eine peremtorische war, die Wirkung, daß die beigebrachten Urkunden für richtig und anerkannt, die Schuld also für eingeräumt angenommen wird, die Verdammung mithin nothwendig erfolget, so jedoch, daß bis zu der Vollstrekung hin dem Imploraten immer noch frei stehet, seine, nach der Natur der gewählten Prozeßart zuläßigen Einreden vorzuschüzen (e). IX. Von verzögerlichen Einwendungen werden hier nur diejenigen zugelassen, die das Wesen des Prozesses betreffen, und diejenige der unrichtig gewählten Prozeßart ist für den Impetraten besonders wichtig (f). X. Von einer eigentlichen Kriegsbefestigung ist hier die Frage nicht, aber statt dieser muß der Impetrat über die beigebrachten Urkunden sich erklären. Von dieser Verbindlichkeit befreien ihn blos diejenigen Gründe, um welcher willen auch in dem ordentlichen Prozeß die alsbaldige Einlassung in Ansehung der Hauptsache unterlassen werden kann (g) Nur müssen, wegen der besonderen Natur dieser Prozeßart, alle Einreden sofort liquid seyn. XI. Frei ist die Wahl des Impetraten, ob er die beigebrachten Urkunden anerkennen,

oder eidlich abläugnen will, und der Impetrant kann hier der in dem ordentlichen Prozeß zuläßigen Mittel, das eidliche Abläugnen abzuwenden (h), sich nicht bedienen (i). XII. Die Anerkennung der Urkunden ist nach dem den nämlichen Grundsäzen, wie in dem ordentlichen Prozeß zu behandeln (k); nur kann bei dieser befreiten Verfahrungsart die Erklärung in Ansehung des Inhalts und der Unterschrift allein in dem Fall getheilet werden, wenn der Impetrat seine Behauptung einer untergelaufenen Arglist sogleich höchst wahrscheinlich zu machen im Stande ist (l) XIII. Auch in Ansehung der eidlichen Abläugnung der Urkunden ist hier nur das besondere anzumerken, daß sie durch Gewissensvertretung nicht abgewendet werden kann (m). Das übrigens ist ausser Zweifel, daß der Impetrant nach geendigtem exekutivischen Verfahren mit dem Beweise eines begangenen Meineides in dem ordentlichen Prozeß noch gehöret werden muß (n).

a) Von der Zuläßigkeit der Abschriften handeln Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 2. § 9. Berger Electa processus executivi. §. 25. Mevius Von wucherlichen Kontrakten. Thl. II. Kap. 9. §. 6. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 326

b) Schaumburg l. c. Meine Grundsätze rc. §. 324 (In einer neuen Anmerkung zu diesem §. wurde in den Grundſ. des ordentlichen Prozesses gezeigt, daß im Urkundenbeweis die Verabsäumung des ersten Termins für keinen Theil die Desertion oder Agnition nach sich ziehe; eben dieses muß auch im Exekutivprozesse angenommen werden. Gönner Hdb. B. II. Abh. 54. §. 7.)

c) Dieses muß eben so wie in dem ordentlichen Prozeß statt finden. Meine Grundsätze rc. §. 459.

d)

d) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 170. Dem Imploranten stehet daher immer noch frei in dem ordentlichen Prozeß seine Gerechtsame weiter auszuführen, nur kann er hier der einmal angegebenen, und zur Strafe des Ungehorsams für verlohren erklärten Urkunden sich nicht mehr bedienen.

e) Schaumburg l. c. et §. 11. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. III. §. 18. Meine Grundsätze rc. §. 324. 331. Claproth a. a. O. sagt: es können keine andere Einreden mehr vorgebracht werden, als welche entweder das Wesen des Prozesses betreffen. jezo erst entstehen, oder zu den privilegirten gehören, oder endlich nach vorgängiger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand annoch zugelassen werden.

f) Ludovici a. a. O. §. 15. Claproth a. a. O. §. 167. Wernher P. VII. Obs. 233. Leyser Spec. 34. M. 7. Schaumburg l. c. §. 10.

g) Meine Grundsätze rc. §. 182. Claproth a. a. O. §. 168.

h) Meine Grundsätze rc. §. 336.

i) Schaumburg l. c. §. 12. Berger l. c. § 26. et in program. ad hunc §phum. pag. 63. Wernher P. I. Obs. 104. et in Supplem. ad hanc Observat. Vol. VII. p. 110. Joh. Ludw. Schmidt Hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien. Band II. Leipzig 1795. No. 103. Nur dann, wenn aus höchst wahrscheinlichen Gründen ein Meineid zu befürchten ist, leidet diese Regel eine Ausnahme. Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 332.

k) Meine Grundsätze rc. §. 331. folg.

l) Claproth a. a. O. §. 171. Berger l. c. §. 27. Schaumburg l. c. §. 10. Wernher P. III. Obs. 229. P. IV. Obs. 77. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 333. (Dieser Satz läßt sich aus der Natur dieser privilegirten Prozeßart nicht vertheidigen.

Kann der Implorat dasjenige, was nach allgemeinen Grundsätzen die eidliche Abläugnung des Inhalts zulässig macht, nicht durch liquide Mittel beweisen, so unterliegt er im Exekutivprozesse, und kann sein Recht im Wege einer Nachklage verfolgen.)

m) Ludovici a. a. O. §. 23. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 334. (Richtiger ist die Meynung Grolmanns Theor. des ger. Verf. §. 243. daß der Kläger zwar nicht im Exekutivprozesse die Mittel zur Abwendung der eidlichen Abläugnung, welche der ordentliche Prozeß angibt, brauchen könne, daß er aber mit Verzicht auf den Exekutivprozeß sich derselben zu bedienen befugt sey. Nur müssen auch alle illiquide Vertheidigungsgründe des Beklagten zugelassen werden.)

n) Schaumburg l. c. §. 12. Ludovici a. a. O. §. 24. Mevius P. VI. Decis. 278. Das Gegentheil behauptet Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1890. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 335.

§. 84.

Fortsetzung.

XIV. Als zerstörliche können hier nur folgende Einreden vorgeschüzet werden: 1) die verneinenden (a). 2) Diejenigen, welche der Absicht des Imploranten ein verbietendes Gesez entgegen stellen, oder auch in einem Geseze sich gründen, das den Imploraten unmittelbar gegen jenes Forderung in Schutz nimmt. 3) Solche, die der Gegentheil gerichtlich eingestanden hat. 4) Diejenigen, deren Grund gerichtskundig ist (b) Endlich 5) diejenigen, die durch Urkunden oder auch durch eine Besichtigung ohne Zeugenverhör sogleich erwiesen werden können. Beweis durch Zeugen hingegen, oder durch Zuschiebung des Haupteides, oder durch Vermuthungen findet, da die Rechte beider Par-

tien

tien gleich seyn müssen (c), auch die Berichtigung der klaren Forderungen des Imploranten durch Einreden des Imploraten, die einer weitläufigen Erörterung bedürfen, nicht aufgehalten werden darf (d), durchaus nicht statt (e), und der Implorat kann seinen Beweis auch nicht auf Urkunden gründen, die er noch nicht besizet, sondern auf deren Herausgabe er erst klagen will (f). XV. Alle Einreden, die unter keine von den angegebenen Klassen gebracht werden können, gehören nicht hierher, sondern in die Widerklage, wo der Implorat sie auszuführen allerdings berechtiget ist (g). XVI. Ist durch die von dem Imploraten auf die gegen ihn eingereichte exekutivische Klage gegebene Erklärung die Streitfrage hinreichend entwikelt, so muß die richterliche Entscheidung auch jezo sogleich erfolgen. Bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen sind die Partien noch weiter zu hören, und der Impetrant muß hier immer nur seine vorzügliche Aufmerksamkeit dahin richten, daß er nicht in umständliche Erörterungen eingehe, die mit der Natur dieser befreieten Verfahrungsart sich nicht vertragen (h) XVII. Der an sich zuläßigen Rechtsmittel gegen die richterlichen Erkenntnisse endlich können beide Theile, der Implorant sowohl als der Implorat sich bedienen (i).

a) Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 155. 187. und oben §. 30. folg.

b) Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 187.

c) Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 40. und oben §. 31.

d) Sieh. oben §. 29.

e) Berger Electa processus executivi. §. 37-45. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 2. §. 11. Schilter Exercitat. XIII.

XIII. Th. 15. seq. Wernher P. I. Obs. 36. 42. 332. P. III. Obs. 198. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 2. §. 19. 20. Andere lassen alle Beweismittel zu, wenn nur der Beweis binnen der Frist, die dem Schuldner bis zur wirklichen Vollstreckung doch gelassen werden müßte, vollführet werden kann. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 169. Mevius Von wucherlichen Kontrakten Thl. II. Kap. 11. §. 13-20. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. 3. §. 18. folg. Vergl. noch Jo. Christ. Schroeter Diss. de probatione per testes et præsumtiones itemque juramento judiciali et necessario in processu executivo locum habente. Jenæ 1723. S. P. Gasser Diss. singularia juris Anhaltini de rebus creditis et de processu executivo Ernest. Jo. Frider. Manzel Diss. de processu executivo maxime quoad delationem juramenti litis decisorii. Rost. 1749. de Cramer Opuscula. Tom. IV. No. 24. Meine Grundsätze rc. §. 187. (Wenn eine Urkunde noch nicht zwey Jahre alt ist, so kann zwar darauf eine Exekutivklage gebaut werden, weil sie erst durch den wirklichen Gebrauch einer Einrede ihre Beweiskraft verliehrt. Beruft sich aber der Beklagte auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes, so muß der Kläger, wenn er den Vortheil des Exekutivprozesses geniessen will, die Numeration sogleich liquid machen; der Beklagte, welcher überhaupt bey dieser Einrede von der Beweislast frey ist, ist wohl noch weniger verbunden, liquide Beweise beizubringen! Gönner Hdb. B. IV. Abh. 77. Das Gegentheil behauptet nebst den meisten in der Note e. angeführten Rechtslehrern (Gmelin und Elsässer) gemeinnützige Beobacht. und Rechtsfälle B. II. Abh. 2. No. 10. der richtigern Meynung pflichtet bei Thibaut System des Pandektenrechts Thl. I. §. 695.)

f) Schaumburg l. c. Berger l. c. §. 39. Das Gegentheil behaupten Claproth a. a. O. Mevius a. a. O. §. 16.

g)

g) Schaumburg l. c. Berger l. c. §. 37. 48. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 468. und oben §. 29.

h) Claproth a. a. O. §. 172. Berger l. c. §. 49. Mevius a. a. O. Kap. 12. §. 5. folg.

i) Knorr a. a. O. §. 22. Schaumburg l. c. §. 13. Mevius a. a. O. Kap. 14. §. 1. folg. Hofmann Teutsche Reichspraxis Thl. II. §. 1649. Ludovici a. a. O. §. 27. Andere behaupten, dem Imploraten stünden die Rechtsmittel nur in Ansehung der weiteren Untersuchung, nicht in Ansehung der Hemmung der Rechtskraft zu. Claproth a. a. O. §. 173.

* Alles illiquide Vorbringen wird im Endurtheil zur besonderen Ausführung verwiesen oder vorbehalten. Ist dieses nicht ausdrücklich geschehen, so muß man darauf sehen, ob der Entscheidungsgrund im Mangel einer Qualifikation des Vorbringens zu dieser befreiten Prozeßart, oder im absoluten Ungrund des Vorbringens lag: im ersten Fall findet eine besondere Ausführung im Wege des gewöhnlichen Verfahrens noch statt, welche im zweiten Fall unzuläßig ist. A d. Ditt. Weber Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden Stücke I. N. 6.

** Das Verfahren bei Prozeßhindernden Einreden (except. litis ingressum impedientes) ist als der umgewandte Exekutivprozeß zu betrachten. Man sehe hierüber Gönner Handb. B. IV. Abh. 78. welchem Grolmann Theorie des ger. Verfahrens. §. 245. beistimmt.

Zehentes Hauptstück.

Von dem Wechsel-Prozeß.

§. 85.

Wechselprozeß.

Ein Wechselbrief ist eine das Wort Wechsel (a) in sich haltende Schrift, in welcher der Ausgeber entweder sich selbst zu Bezahlung einer gewissen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, oder einem andern aufträgt, dem Vorzeiger des Wechsels eine gewisse Summe zur bestimmten Zeit zu bezahlen (b). Wechselprozeß ist diejenige Verfahrungsart, wo der Implorant seine Imploration mit einem Wechselbriefe beleget, und der Richter dem Imploraten aufziebt, über diesen sogleich sich zu erklären, auch in der Folge, wenn die übernommene Wechselverbindlichkeit mit stichhaltigen Gründen nicht aus dem Wege geräumet werden kann, nach Wechselstrenge verfährt. Wechselstrenge aber bestehet darin, daß der Wechselschuldner, wenn es ihm gleich an Vermögen, das zu der Befriedigung des Gläubigers hinreichet, nicht fehlet, doch nach eingetretenem Zahlungstermin dem persönlichen Arrest bis zu der würklich geleisteten Zahlung sich unterwerfen muß (c), von dem exekutivischen Verfahren ist daher der Wechselprozeß wesentlich ver-

verschieden (d). So wenig indessen bei der großen Verschiedenheit der einzelnen Wechselordnungen, Landesgesezen und Gerichtsobservanzen, ein allgemeines Wechselrecht, weder in Absicht auf die sämtlichen europäischen Staaten, noch auf das teutsche Reich sich behaupten läßt (e); eben so wenig beruhet der Wechselprozeß auf allgemeinen, durch ganz Teutschland geltenden Gesezen. Es bleibt daher nichts übrig, als theils aus der Natur der Sache, theils aus der Analogie, theils des summarischen, theils besonders des exekutivischen Prozesses allgemeine Grundsäze abzuleiten, die dann so lange zur Richtschnur dienen müssen, bis aus besonderen Gesezen, oder einem erwiesenen Herkommen nähere Bestimmungen dargethan worden. — Hier übrigens ist blos von dem rechtlichen Verfahren in Wechselsachen die Rede, nicht aber von dem Wechselgeschäfte selbst. Die Natur dieses, und die gesezlichen Grundsäze in Ansehung desselben werden, als aus der Theorie bekannt, vorausgesezet.

a) Dieses Wort ist so wesentlich nothwendig, daß in dessen Ermangelung ein wahrer Wechsel sich nicht denken lässet. de Cramer Observationes juris universi. P. I. Obs. 196. Joh. Ludw. El. Püttmann Grundsäze des Wechselrechts. Leipzig 1784. §. 11. Just. Fried. Runde Grundsäze des allgemeinen deutschen Privatrechts. Göttingen 1791. §. 224. Das Gegentheil behauptet: E. F. Knorr Entscheidung der Frage: ob das Wort Wechsel, Wechselbrief, als ein wesentliches Stück eines Wechselbriefs anzusehen sey? in A. F. Schotts jurist. Wochenblatte. Thl. IV. S. 114.

b) Nicht aller Orten gilt Wechselstrenge, es lässet sich daher auch ohne sie ein Wechsel gedenken. Jo. Heinr. Christ. de Selchow Elementa juris Germanici privati hodierni. Goetting. 1787. §. 488.

 Jo.

Jo. Andr. Hofmann Diss. de differentiis juris cambialis inter leges I. R. G. easque ordinum imperii, quæ rigorem cambialem continent, ac statuta bremensia. Marburg. 1767. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. II. Sect. III. No. 61. p. 1188.)

c) In denjenigen Ländern, in welchen Wechselstrenge nicht eingeführet ist, werden behörig abgefaßte Wechselbriefe doch als guarentigiirte Urkunden angesehen, und begründen nicht nur den Exekutivprozeß, sondern auch unbedingte Strafbefehle. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 54. Pütter Nova epitome processus imperii amborum tribunalium supremorum. §. 154. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XXII. Tit. IV. §. 47. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 567. de Ludolf Com. system. de jure camerali. Sect. I. §. 10. No. 52. p. 134.

d) Ernst Christ. Westphal das teutsche und Reichsständische Privatrecht. Thl. II. Abhandl. 62. §. 1. folg.

e) Das wenige, was die Reichsgesetze hierüber in dem J. R. A. §. 107. und dem Reichsschluß von 1671. (in der Neuen Sammlung der Reichsabschiede. Thl. IV. S. 76.) verordnen, reichet zu Aufstellung eines allgemeinen Wechselrechtes bei weitem nicht hin. Westphal a. a. O. Hofmann Diss. citat. Christ. Gottl. Ricci Septendecim Exercitationes in universum jus cambiale directæ. Goetting. 1782. Exerc. I. §. 35. p. 51. seq. Püttmann a. a. O. §. 6. Das Gegentheil behauptet: Runde a. a. O. §. 226.

* Ueber den eigentlichen Grund des strengen Wechselrechts verdienen nachgelesen zu werden: J. G. Büsch Abhandlung vom wahren Grunde des Wechselrechts; sammt einem Beitrage zur Geschichte desselben, in seiner

ner Handlungsbibliothek. Band I. S. 377. folg. Runde a. a. O. 229. 230. 231. Sieh. noch Philipp Peter Guden Vom Wechsel und römischen Rechte über Schuldverschreibungen und ihrem Einflusse auf den Wohlstand der Einwohner. Götting. 1790. Vergl. überhaupt noch zu diesem Hauptstücke: Mein Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Band II. §. 224-252.

§. 86.

Wann findet Wechselprozeß statt.

Wechselprozeß kann nur unter folgenden Voraussezungen eintreten: I. wenn ausdrükliche Geseze, oder ein erwiesenes Herkommen ihn billigen. Auf allgemein verbindlichen Rechten beruhet diese schleunige Verfahrungsart nicht (§. 85.), und da Prozeßordnungen einem fremden Richter niemals zur Norm dienen, so kann man sich nicht einmal dann auf dieselbe berufen, wenn der Wechsel zwar an einem Orte, wo Wechselrecht gilt, ausgestellt worden ist, nunmehr aber an einem Orte, wo Wechselrecht nicht in Gebrauche ist, eingekloget wird a). II. Den Personen, die das Wechselgeschäfte eingegangen haben, dürfen die nöthigen, gesezlichen Eigenschaften nicht fehlen (b). III. Der Wechselbrief endlich selbst muß gehörig abgefasset seyn (c).

a) Hat ein Fremder einen Wechsel mit der Klausel ausgestellet: „aller Orten, wo ich anzutreffen bin;" so muß er sich gefallen lassen, daß auch an Orten, wo Weselrecht sonst nicht im Gebrauche ist, nach Wechselstrenge gegen ihn verfahren wird. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 54. Westphal Das teutsche und Reichsständische Privatrecht. Thl. II. Abschn. 62 §. 4. 5. 6. 7. Runde a. a. O. §. 251. Riccius Exercitat. I. de jure cam-

cambiali. §. 31. p. 48. Andere behaupten, die Partien könnten in allen Fällen, wenn nicht ausdrükliche Gesetze im Wege stehen, durch ihre ausdrükliche, freiwillige Verabredung den Wechselprozeß begründen. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. I. §. 21. 22. Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. I. Cap. 3. §. 2. Vergl. noch Leyser Spec. 73. M. 4. Hommel Rhapsod. Obs. 409. W. G. Bangerow Entwurf des Wechselrechts nach den Grundsätzen der preussischen Staaten. Halle 1773. §. 43=51. Wernher P. II. Obs. 471.

b) Davon wird in der Theorie gehandelt. Sieh. indessen Ludovici a. a. O. K. I. Schaumburg l. c. §. 3. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 28. folg. Godofr. Lud. Mencken Diss. de personis cambialiter contrahere prohibitis. Viteb. 1734. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. V. No. 28. p. 614.) Jo. Büchner Diss. de illis, qui cambialiter se obligare possunt. Giss. 1778. G. D. Hoffmann Diss. de opifice et rustico cambiante. Tübing. 1761. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. V. No. 35. p. 697.) Runde a. a. O. §. 232. de Selchow Elementa juris germanici privati hodierni. §. 489.

c) Es ist hier der Ort nicht, die Bestandtheile eines Wechselbriefes aufzuzählen. Sieh. Püttmann a. a. O. §. 11. folg. und §. 68. folg. Ludovici a. a. O. Kap II. §. 4. folg. Schaumburg l. c. §. 8. Claproth a. a. O. §. 59. Runde a. a. O. §. 233. 234.

§. 87.

Geschäfte, bei welchen der Wechselprozes statt findet.

Die Wechselverbindlichkeit ist kein für sich selbst bestehender, sondern immer nur ein Nebenvertrag, der dem Hauptkontrakte zu mehrerer Sicherheit des Gläubigers beigefüget wird. Es können daher nicht nur über

Dar-

Darlehen, sondern auch über rükständige Kaufgelder, Pachtgelder, Miethzinsen u. s. w. Wechsel ausgestellet werden. Ja wenn gleich Wechselbriefe gemeiniglich nur über baares Geld ausgegeben werden, so ist es doch ihrer Natur nicht zuwider, solche auch über andere Sachen z. B. Wein, Getraide u. s. w. auszustellen. Eben so wenig läßt sich aus zureichenden Gründen bezweifeln, daß man sich zu Leistung einer gewissen Handlung nach Wechselrecht verbindlich machen kann. Weil indessen in allen solchen Fällen das Objekt der Wechselklage häufig nicht sogleich durch sich selbst und aus dem Wechselbriefe genau bestimmt werden kann; so ist es räthlicher, sich von dem Schuldner auf den Fall, daß er sich der übernommenen Verbindlichkeit nicht freiwillig zu bestimmter Zeit entledigen würde, eine Konventionalstrafe nach Wechselrecht verschreiben zu lassel, wo dann aus einer solchen Verschreibung wider den Aussteller unstreitig nach Wechselrecht verfahren werden kann (a).

a) Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 9. 10. Andere sehen die Wechselverbindlichkeit als einen eigenen, für sich bestehenden, keinen Hauptkontrakt nothwendig voraussetzenden Vertrag an. F. A. Hommel Pr. cambium ad quam conventionum speciem sit referendum? (in Beseke Thes. jur. camb. Tom. I. No. 63.) Andere wollen bei zweiseitigen Geschäften den Wechselprozeß nicht zulassen. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. II. §. 1. 2. 3. Vergl. oben und besonders Riccius Exercitat. II. de contractu cambiali. §. 35. seq. p. 36. seq.

§. 88.

§. 88.

Wer kann als Implorant hier auftreten?

Nicht nur derjenige, auf den der Wechsel als den Erheber des Geldes gestellet ist, sondern auch ein jeder andere, der in die Rechte dieses auf gesezmäßige Weise eintritt, kann die von dem Schuldner übernommene Wechselverbindlichkeit klagend verfolgen. Der Erbe also sowohl, als derjenige, dem der Inhaber des Wechsels sein Recht entweder mittelst einer gemeinen Cession, oder mittelst eines förmlichen Indossaments (a) überlassen hat, ist als Implorant aufzutreten berechtiget. Erfolget die Indossation durch eine wahre Cession, so ist der Indossant wie ein Aussteller zu betrachten (b), und dem Indossaten können, in der Regel, von dem Wechselschuldner die nämlichen Einreden entgegen gehalten werden, die dem Indossanten auch im Wege stehen (c). Bei wiederholten Indossationen bleibt im wesentlichen das Verhältniß immer das nämliche (d), und weil die Legitimation zur Sache, als ein wesentliches Stük des gerichtlichen Verfahrens nicht nur nicht vernachläßiget werden darf (e), sondern auch nach der Natur dieser schleunigen Verfahrungsart sogleich im reinen seyn muß, so ist ein Indossament in Bianko nur dann für hinreichend zu achten, wenn dasselbe vor Anstellung der Wechselklage gehörig ausgefüllet worden ist (f).

a) Eine gemeine Cession ist von dem Indossament in Ansehung der rechtlichen Verhältnisse und Wirkungen wesentlich verschieden. Westphal Das teutsche und Reichsständische Privatrecht. Thl. II. Abhandlung. 4. §. 1. 2. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 25.

b) H.

b) H. W. von Günderode Beantwortung der Frage: ob der Indossat gegen den Indossanten eines mit Protest zurückgekommenen Wechsels, nach Wechselrecht klagen könne, in seinen Beiträgen zur Rechtsgelehrsamkeit. Giessen 1788. S. 102. und in seinen von Posselt herausgegebenen Werken. Band II. S. 202. folg. Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts. §. 235. Püttmann a. a. O. Das Gegentheil behauptet Wernher P. I. Obs. 172.

c) Wernher P. VII. Obs. 130. 131. P. V. Obs. 114. P. X. Obs. 397. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 6. Jo. Christ. Koch s. Joan. Dan. Rumpel Diss. quatenus indossatario exceptiones ex persona indossantis opponi queant. Giss. 1773. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 51. p. 992.) God. Dan. Hoffmann Diss. de effectu indossationis cambii proprii. Tübing. 1767. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 48. p. 975. Vergl. unten. Das Gegentheil behauptet Leyser Spec. 202. M. I. seq.

d) Runde a. a. O. Westphal a. a. O. §. 3. Püttmann a. a. O. §. 143.

e) Meine Grundsätze rc. §. 125.

f) Püttmann a. a. O. §. 23. Westphal a. a. O. §. 4. 5. 6. Sieh. überhaupt noch Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. III. §. 8. 13. Kap. IV. §. 20. folg. Riccii Exercitat. VI. jur. cambial. de indossatione cambiorum propriorum. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 63.

§. 89.

Gegen wen findet der Wechselprozeß statt.

Den Erben des Wechselschuldners kann man das spatium deliberandi und das beneficium inventarii nicht versagen, und gegen sie kann zwar exekutivisch

auf

auf die Bezahlung, nicht aber auf persönlichen Arrest geklagt werden, weil mit dem Tode des Wechselschuldners die Strenge des Wechselrechts erlöscht (a). Mehreren Hauptwechselschuldnern stehet die Rechtswohlthat der Theilung, und den Bürgen diejenige des Ausklagens ganz nach den Grundsäzen des gemeinen Rechts zu (b). Den lezteren übrigens, wenn die Bürgschaft nicht in einer besondern Urkunde geschehen, sondern dem Wechselbriefe selbst beygefüget worden ist, liegt Wechselverbindlichkeit ob, und sie können daher eben so wie der Hauptschuldner selbst nach Wechselstrenge belanget werden (c). Bei eigenen Wechseln ist in Ansehung des Schuldners weder Präsentation noch Acceptation nothwendig, beides aber darf nicht unterlassen werden, wenn der Regreß gegen den Indossanten (§ 88.) nicht verlohren gehen soll. Bei traßirten Wechseln hingegen ist Präsentation und Acceptation zu Begründung des Wechselprozesses durchaus wesentlich erforderlich, und wenn der Regreß gegen einen dritten bei dem Wechselgeschäfte offen bleiben soll; so muß in allen Fällen die Einlegung des Protestes nicht versäumet werden (d). — Der Wechselgläubiger, der seinen Schuldner in Arrest hält, kann an dessen Güter zugleich sich nur dann halten, wenn die Wechselverbindlichkeit durch Unterpfand, oder Güterverschreibung verstärket worden ist (e), und die Klage auf Personalarrest findet, des über das Vermögen des Gemeinschuldners ansgebrochenen Konkurses ohngeachtet, doch noch statt (f). In dem Konkurse selbst übrigens haben die Wechsel eines Vorrechtes sich nicht zu erfreuen, sondern werden wie andere blose Handschriften auch klassificirt (g) — Die Wechselverbindlichkeit ist eben so wie alle andere Ansprüche unter

Pri-

Privatpersonen der Verjährung unterworfen. Diese beginnet, mit der Verfallzeit des Wechsels, und wenn solcher ein = oder mehrmalen prolongiret worden, mit dem Ablauf der lezteren Prolongation. In Ermangelung besonderer Geseze müssen die gemeinen Rechte hier angewendet werden, und es findet daher auch keine andere Verjährungszeit als dreißig Jahre statt. Die meisten Wechselordnungen aber enthalten hierüber besondere Bestimmungen, wobei nur das angemerket werden muß, daß, wenn gleich die in diesen anberaumte kürzere Verjährungszeit verstrichen ist, doch die Wechselbriefe als guarentigiirte Urkunden den Exekutivprozeß noch begründen. Selbst dann, wenn Wechselordnunge nach Ablauf der festgesezten Frist den Wechselbrief für ganz erloschen erklären, ist doch bei eigenen Wechseln die Forderung selbst nicht für verjähret zu achten, sondern der Gläubiger kann blos des Wechselbriefes bei dem Beweise sich nicht mehr bedienen, und muß daher durch andere Mittel seine Ansprüche darthun (h). Auf die Ausflucht der Verjährung übrigens hat der Richter auch unaufgerufen, von Amtswegen Rüksicht zu nehmen (i).

a) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. § 5. Püttmann Grundsäze des Wechselrechts. §. 62. 63. Berger Electa processus executivi. §. 50 No. 1. Das Gegentheil behauptet Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. I. §. 16. Sieh. noch Vincent. Baumann Diss. de obligatione heredis ex cambio defuncti debitoris. Ultraj. 1752. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 45. p. 922.)

b) Schaumburg l. c. §. 4. Püttmann a. a. O. §. 42. 142. Das Gegentheil behauptet Berger l. c.

c. §. 50. No. 2. Ludovici a. a. O. Kap. X. §. 10. 11.

c) Püttmann a. a. O. §. 142. Schaumburg l. c. Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts. §. 238. Das Gegentheil behauptet Berger l. c. §. 52.

d) Schaumburg l. c. §. 7. Westphal Das teutsche und Reichsständische Privatrecht. Thl. II. Abhandl. 65. 67. Gmelin und Elsässer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band III. Abhandl. 14. S. 215. Riccii Exercitat. X. jur. camb. de cambiis trassatis vel indossatis eorumque personis et protestatione. Runde a. a. O §. 239. 249. Püttmann a. a. O. §. 98.

e) Püttmann a. a. O. §. 190. Ludovici a. a. O. Kap. II. §. 16. Leyser Spec. 133. M. 11. Das Gegentheil behaupten Westphal a. a. O. Abhandl. 69. §. 2. 3. Hommel Rhapsod. Obs. 768.

f) Runde a. a. O. §. 250. Püttmann a. a. O. §. 192 folg. Berger Elect. disceptat. for. Tit. 51. Obs. 1. Suppl. P. I. Obs. 53. Jo. Brunnemann Præl. publ. de processu concursus creditorum cum notis Sam. Strykii Cap. I. §. 8. Not. f. p. 15. Leyser Spec. 490. M. 5. Westphal a. a. O. Abhandl. 70. §. 3. Das Gegentheil behauptet Schaumburg l. c. §. 9. Ludovici a. a. O. Kap. II. §. 15.

g) Runde a. a. O. §. 250. Püttmann a. a. O. §. 191. Westphal a. a. O. Abhandl. 70. §. 4. Joh. Ge. Möncken berg Diss. sistens adumbrationem Juris cambialis in concursu creditorum. Goetting. 1788. Sixt. Jac. Kapf Diss. de locatione cambii proprii in concursu creditorum. Tübing. 1767. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 47. p. 964.) Andr. Flor. Rivini Diss. de prærogativa creditorum cambialium præ chirographariis. Vitemb. 1739. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 43. p. 876.) Gmelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und

und Rechtsfälle. Band V. No. 12. S. 229. Henr. Brockes Obs. de cambio in concursu creditorum singulari privilegio non gaudente. (in Observat. for. N. 311. p. 361.) Christ. Gottl. Gmelin Die Ordnung der Gläubiger bei dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantprozesse. Frankf. und Leipz. 1783. Kap. IV. §. 25. folg. S. 340. de Selchow Elem. jur. german. priv. hod. §. 493. Riccii Exerc. XVII jur. camb. de processu cambiali. Sect. V. p. 70. Ludovici a. a. O. Kap. XVI.

h) Westphal a. a. O. Abhandl. 68. S. 373 folg. Püttmann a. a. O. §. 148. folg. Hommel Rhapsod. Obs. 91. Riccii Exerc. XV. jur. camb. de praescriptione litterarum cambialium. Schaumburg l. c. §. 9. Gottfr. Wilh. Kuestner Diss. de menstrua et annali praescriptione litterarum cambialium. Lips. 1711. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 39. p. 782.) Ludovici a. a. O. Kap. XI. §. 3. folg.

i) Hommel Rhapsod. Obs. 277. Püttmann a. a. O. §. 162. Das Gegentheil behauptet Kuestner l. c. §. 53.

§. 90.

Gerichtsstand in Wechselsachen.

Die Wechselklage kann in den allgemeinen Gerichtsständen des Geburts- und Wohnungsortes (a), oder in dem an die Stelle dieser tretenden befreiten Gerichtsstande des Wechselschuldners (b), oder in dem besondern Gerichtsstande des geschlossenen Kontraktes (c), oder auch demjenigen des angelegten Arrestes (d) angestellet werden. In den meisten Ländern jedoch sind Wechselsachen an besondere Gerichte ausschließlich gewiesen, deren Rechte und Verhältnisse sodann an einem jeden Orte erlernet werden müssen (e).

a)

a) Meine Grundsätze rc. §. 27.

b) Ebendaselbst. §. 34.

c) Ebendaselbst. §. 31.

d) Ebendaselbst §. 32.

e) Riccii Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. II. p. 20. seq. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 164. 165. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 56. a). Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. V.

* In Ansehung der Rechte und Verbindlichkeiten, die aus dem Wechsel selbst entspringen: ist auf den Ort der Ausstellung; in Ansehung derjenigen, die aus der Acceptation entspringen, auf den Ort der geschehenen Ausnahme; in Ansehung derjenigen endlich, die aus der Indossirung entspringen, auf den Ort, wo diese geschehen, Rücksicht zu nehmen. Hommel Rhapsodiæ. Obs. 409. Riccius l. c. §. 14. Not. p. 33.

§. 91.

Wechselklage.

Die Wechselverbindlichkeit ist kein für sich bestehender Vertrag (§. 87.), bei Anstellung der Wechselklage muß daher nothwendig auf den zum Grunde liegenden Hauptkontrakt Rücksicht genommen, und nach der Natur dieses die Klage eingerichtet werden. Andres muß mithin der Implorant seine Forderung ausführen, wenn er aus einem eigenen, anders wenn er aus einem traßirten Wechsel klaget; anders, wenn er gegen denjenigen, auf den der Wechsel gestellt ist, auftritt, anders wenn er gegen den Aussteller, oder denjenigen, der diesem gleich geachtet wird, seinen Regreß nimmt — kurz die Natur des Hauptvertrages allein kann der Wech-

Wechselklage die gehörige Richtung geben — Schriftlich übrigens sowohl als mündlich kann, in Ermangelung besondere Geseze, die Wechselklage angebracht werden, und das schleunige Verfahreu nach Wechselrecht tritt nur dann ein, wenn alle wesentliche Stüke derselben durch unverwerfliche Urkunden sogleich dargethan werden. Wird daher zugleich auf den Ersaz der Schäden und Kosten geklaget, so sind diese nicht nur zu verzeichnen, sondern auch mit den gehörigen Beweisen zu belegen, und in allen Fällen müssen die Urkunden, auf welche die Wechselklage gegründet wird, mit dieser abschriftlich sogleich übergeben werden. Eben so muß aus der Klage erhellen, daß die Verbindlichkeit des Imploraten mit voller Wirkung jezo schon eintritt, denn sonst kann die Absicht des Imploranten durch die Einrede des Zuvielbittens leicht vereitelt werden (a)

a) Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 169. Riccii Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. III. p. 40. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. VI.

* Die Rubrik des Klageschreibens kann diese seyn: Gemüßigte Wechselklage (von Seiten) u. s. w.

§. 92.

Verschiedene Verfahrungsart in Wechselsachen.

Im allgemeinen lässet sich in Wechselsachen eine dreifache Verfahrungsart gedenken: (A) der Wechselgläubiger übergiebt mit der Wechselklage den Wechsel in Abschrift, bittet den Imploraten zu Anerkennung des in dem anzuberaumenden Termine beizubringenden Originals vorzuladen, sodann aber denselben zu Bezahlnug der Wechselsumme samt Zinsen und Kosten

nach

nach Wechselrecht anzuhalten. — Hier wird ganz wie in dem Exekutivprozeß verfahren (§. 83. No. VII. bis XIV., nur die Vollstreckung der rechtskräftigen richterlichen Entscheidung geschiehet allzeit mittelst der Kaptur des Wechselschuldners (§. 85.) (a). B) Der Wechselgläubiger bittet, den Schuldner mündlich vorladen zu lassen. — Erscheinet dieser in dem anberaumten Termine nicht; so muß der Implorant mit der Ungehorsams Beschuldigung so lange fortfahren, bis nach der Verfassung des Gerichts die Realladung, oder Holung desselben verfügt wird. — In diesem Falle nun sowohl, als auch wenn derselbe dem an ihn erlassenen Befehle gemäß freiwillig sich stellt, bringt der Gläubiger seine Klage mündlich an (§. 91.), legt den Wechselbrief, und die allenfalls noch weiter dazu gehörigen Urkunden in der Urschrift vor, verlanget deren Anerkennung, und bittet sodann, den Schuldner zu Bezahlung des Hauptstammes, nebst Zinsen und Kosten nach Wechselrecht anzuhalten. Läugnet hierauf der Implorat die beigebrachten Urkunden eidlich ab, so wird er von der angestellten Wechselklage entbunden. Erkennt er sie hingegen an, und schützet auch keine zuläßigen Einreden vor, so wird er bei nicht erfolgender Zahlung ohne Verzug in Verwahrung gebracht, und darinn so lange behalten, bis er den Gläubiger entweder befriediget, oder mit ihm sich vergleichet (b). C) Der Gläubiger legt sogleich das Original des Wechsels in dem Gerichte vor, bittet den Schuldner zu arretiren, oder ihm, wenn es sein Stand erfordert, die Wache zu setzen, und so lange in dem Arrest zu behalten, bis er die Hauptschuld nebst Zinsen und Kosten entrichtet hat — Findet nun der Richter weder in Ansehung der Richtigkeit des

Wech-

Wechsels, noch in Ansehung der Legitimation zur Sache, oder Prozeß, noch sonst nach irgend einer Hinsicht ein gegründetes Bedenken, verpflichtet sich auch der Implorant zur Verpflegung des Wechselschuldners; so wird gegen den Imploraten entweder sogleich die Realladung verfüget, oder, wenn sein Stand die alsbaldige Holung nicht gestattet, eine Gerichtsdeputation mit dem nöthigen Gefolge in seine Wohnung abgeschikt. In einem wie in dem andern Falle muß sodann derselbe die ihm vorgelegten Originalurkunden entweder eidlich abläugnen, oder anerkennen. Geschiehet das Letztere so erfolget, wenn nicht zuläßige Einreden vorgeschützet werden, unausbleiblich die Arretirung, die dann bis zu der wirklichen Zahlung, oder einem erzielten Vergleiche fortdauert (c) — Ob nun unter diesen verschiedenen Verfahrungsarten der Implorant die Wahl habe, oder ob er sich nur einer derselben, und welcher bedienen könne, darüber muß die besondere Wechselordnung eines jeden Landes, und das Herkommen eines jeden Gerichts die Entscheidung geben.

a) Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 170. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 16.

b) Derselbe a. a. O. §. 171.

c) Derselbe a. a. O. §. 172. bis 180.

*) In allen Fällen, wo nach wirklich geschehener, oder für geschehen angenommener Anerkennung der bei der Wechselklage zum Grunde liegenden Urkunden, in dem Falle der nicht Zalung, ohne Aufschub mit der Kaptur des Schuldners verfahren wird, muß dieser, wenn er sich nicht die Strafe des Ungehorsams zuziehen will, in dem zur Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung anberaumten Termine nothwendig in Person

erscheinen, und ein Gewalthaber ist nach der Natur der Sache nicht zuläßig. Schaumburg l. c. §. 11. Gribner Principia processus judiciarii, Lib. II. Cap. 5. §. 1.

** Der Wechselgläubiger, der seinen Schuldner in Verhaft nehmen lasset, muß die nothwendigen Alimentgelder und Wachkosten vorschießen. Weigert er sich dessen; so wird der Arretirte wieder entlassen. Schaumburg l. c. Wernher P. IX. Obs. 129. Püttmann a. a. O. §. 177. bis 180. Riccii Exercitat. XVII jur. cambial. de processu cambiali. Sect. IV. §. 29-33. p. 65. seq. An einigen Orten jedoch kann gegen diejenigen, die durch ihr Verschulden in Vermögens-Rückstand gekommen sind, auf den öffentlichen Schuldthurm geklaget werden. Püttmann a. a. O. §. 189.

*** Wird durch den persönlichen Arrest die Befriedigung des Gläubigers nicht bewürket so bleibet freilich am Ende nichts übrig, als das Vermögen des Schuldners anzugreifen. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 811.

§. 93.

Verfügung des Richters auf die eingereichte Wechselklage.

Nach eingereichter Wechselklage (§. 91. 92.) muß der Richter sorgfältig erwägen, ob auch der Wechselprozeß statt finde (§. 86.). Ist zwar die Sache nicht zu diesem, aber doch zu dem Exekutivprozeß geeigenschaftet (§. 85.); so ist es die Pflicht des Richters, die Sache gleich jezo behörig einzuleiten, und ungefähr also zu erkennen: „Auf die von N. N. Imploranten wider M. M. Imploraten allhier übergebene Wechselklage nebst Anlage wird hiemit erkannt, daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt habe. Indessen da der vermeintliche Wechsel doch als ein guarentigiirtes Instrument angesehen werden kann, als

wird

wird Termin zu dessen Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung auf den ꝛc. wird seyn der ꝛc. anberaumt, beide Theile aber Kraft dieses vorgeladen, besagten Tages Vormittags um zehen Uhr in hiesigem Gerichte zu erscheinen, und ist Implorat das vom Imploranten übergebene Instrument entweder anzuerkennen, oder eidlich abzuläugnen schuldig; widrigenfalls aber zu gewärtigen, daß das Instrument zur Strafe des Ungehorsams für anerkannt angenommen werde; Implorant aber, wie dieses geschehe, mit anzusehen. Darneben aber wird dem Imploraten befohlen, längstens acht Tage vor dem Termin alle seine etwa habenden verzögerlichen und zerstörlichen Schuzreden einzubringen, und zugleich die Bescheinigung derselben auf eine in diesem Prozeß zuläßige Art anzutreten; worauf ferner ergehet, was Recht ist (§. 82.)." — Qualificirt sich die Sache auch nicht einmal zu dem Exekutivprozeß, so muß der Richter die Klage, inmassen sie angebracht, verwerfen, und dem Imploraten die exceptivische Nothdurft binnen der gewöhnlichen Frist abfordern (a). — Stehet aber endlich der Zuläßigkeit des Wechselprozesses nichts im Wege; so erlässet der Richter die dem Gesuche des Imploranten angemessene Verfügung, in so ferne jenes mit den vorhandenen Wechselordnungen, und dem Herkommen des Gerichts übereinstimmt (§. 92.) (b).

a) Riccii Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. II. §. 26. seq. p. 37.

b) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 12. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. VII. Riccius l. c. Sect. IV. §. 1-17. p. 46. seq.

§. 94.

Vernehmlassung des Imploraten.

In Ansehung der Vernehmlassung des Imploraten auf die wider ihn eingereichte Wechselklage finden durchaus die nämlichen Grundsätze statt, die oben bei dem Exekutivprozeß angegeben worden sind (§. 77. 83. 84. No. XIV. bis XVI. Vergl. auch §. 89. 90. 92.) (a). Nur das verdienet noch angemerket zu werden: 1) die Einrede des nicht bezahlten Geldes kann dem Wechselgläubiger nur dann entgegen gesetzet werden, wenn der Valuta in dem Wechsel nicht gedacht ist, und solche gleichwohl nach der Wechselordnung des Ortes, wo der Kontrakt geschlossen worden (§. 90. Not. *), ein wesentliches Stück des Wechsels ausmachet, dieser auch in den Händen des ersten Empfängers sich noch befindet. Ist hingegen die Valuta entweder ausgedrücket, oder macht sie doch keinen wesentlichen Theil des Wechsels aus so kann jene Einrede nur dann Plaz greifen, wenn sie sogleich dargethan wird, und so bald ein dritter, an den der Wechsel richtig indossirt ist, klaget, so wird auf dieselbe, wenn sie gleich sofort erweislich wäre, ganz keine Rücksicht genommen (§. 79. No. 6.) (b). 2) Die eingewandte Schuzrede des verfälschten Wechselbriefes kann nur dann dem Wechselverfahren Anstand geben, wenn hinlängliche Anzeigen und gegründeter Verdacht vorhanden sind (c). 3) Erscheinet der Implorat zwar in dem anberaumten Termine (§. 93.), will sich aber ohne hinreichende Gründe weder zu der Auerkennung, noch zu der eidlichen Abläugnung des Originalwechsels bequemen so wird sogleich mit dem Personalarrest gegen ihn verfahren (d).

a) Riccii Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. IV. §. 17-29. p. 53. seq. et Sect. II. §. 29. p. 39. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 180. 184. Westphal Das teutsche und Reichsständische Privatrecht. Thl. II. Abhandl. 66. S. 358. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 13. 14. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. IX. X. XI. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 68. 69. §. 72. 76. Gribner Principia processus judiciarii. Lib. II. Cap. 5. §. 6. seq. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1679. folg.

b) Ausser den in der vorhergehenden Note angeführten Schriftstellern sieh noch: Reichsschluß von 1671. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede. Thl. IV. S. 76.) Püttmann a. a. O. §. 181. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 3. §. 6. Joh. Henr. Berger Diss. de exceptione non numeratæ pecuniæ adversus cambium. Viteb. 1700. (in Beseke Thesaur. jur. cambial. P. I. Cap. VI. No. 37. p. 741.) Stryk U. M. Pand. Lib. XIX. Tit. 4. §. 15.

c) Püttmann a. a. O. §. 182.

d) Knorr a. a. O. §. 4. Gribner l. c. §. 3. Leyser Spec. 133. M. 8. 9. War der anberaumte Termin ein dilatorischer so ist der Zwek des Arrestes, den Imploraten zu der Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung zu bewegen. Ist hingegen schon ein peremtorischer Befehl des Richters voran gegangen; so wird der Wechsel für anerkannt erkläret, und der Arrest macht nunmehro das Vollstreckungsmittel aus. Schaumburg l. c. §. 13. Ludovici a. a. O. Kap. XII. § 5. Ueberhaupt gehören noch hieher: Sam. Frid. Willemberg Diss. de exceptione doli in cambiis cessante. Gedani. 1730. (in Beseke Thesaur. jur. camb. P. I. Cap. VI. No. 36. p. 719. de Ludolf Observat. for. P. II. Obs. 179. Aug. Frid. Hurlebusch Diss. de exceptione SCti Vellejani et Auth. si qua mulier in cambio jure Brunsvicensi cessante. Götting.

ting. 1778. Jo. Phil. Behm Diss. de natura et indoles exceptionum in causis cambialibus occurrentium. Götting. 1783. Becmannorum Consilia et responsa. Tom. I. p. 435. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. §. 237.

* Eine Wiederklage kann hier nur dann zugleich mit der Vorklage verhandelt werden, wenn sie eben so privilegirt ist, wie diese. Ist dieß der Fall nicht; so hat eine angebrachte Gegenklage blos die Wirkung der nothwendigen Erstreckung der Gerichtsbarkeit. Claproth a. a. O. §. 70. Ludovici a. a. O. Kap. XV. Meine Grundsätze ꝛc. §. 468. 469.

§. 95.

Weiteres Verfahren.

I. Erbietet sich der Implorat zu der eidlichen Abläugnung des Wechsels so stehet dem Imploranten frei, nach erstatteten Kosten den Wechselprozeß fallen zu lassen, und die Richtigkeit der von ihm beigebrachten Urkunden in dem ordentlichen Prozeß auf andere Art behörig darzuthun (a). II. Schwöret hingegen der Implorat den Wechsel würklich ab so wird er von der angestellten Klage sogleich entbunden, und der Implorant darneben in die Kosten verdammt (b). III. Erleget der Schuldner die Hauptsumme nebst Zinsen, Schäden und Kosten so ist er nicht nur sogleich aus dem allenfalls schon verhängten Arreste zu entlassen, sondern es muß ihm auch, ehe er zu der wirklichen Zahlung angehalten werden kann, der ausgestellte Wechselbrief eingehändiget werden (c). IV. Erkläret sich der Schuldner zwar zu der Bezahlung der eingeklagten Summe bereit, äussert aber, er wolle seine illiquiden Einreden in der Wiederklage besonders aus=

ausführen, und dringet deßwegen gegen den Imploranten, der mit unbeweglichen Grundstücken, oder diesen gleich geachtetem Vermögen nicht angesessen ist auf Sicherheitsstellung, oder Niederlegung des Geldes so muß der Richter den lezteren darüber hören, und wenn die Einreden an sich zuläßig, auch einiger massen wahrscheinlich gemacht sind, dem Gesuche des Imploraten willfahren (d). V. Schützet der Implorat Einreden vor, die nach der Natur dieser schleunigen Verfahrungsart nicht zuläßig sind (§. 94); so verwirft solche der Richter, und verweiset sie zu der besonderen Ausführung (e). VI. Gründet sich hingegen der Implorat auf an sich zuläßige Schuzreden (§. 94.); so ist dem Imploranten seine Erklärung darüber abzufordern, und, je nachdem diese ausfällt, sind entweder weitere Verhandlungen der Partien nothwendig, oder es erfolget sogleich ein verdammendes, oder lossprechendes Erkenntniß. Repliken, die nicht sofort liquid sind, sondern ein weiteres Verfahren erfordern, werden hier nicht zugelassen, sondern zu der besondern Ausführung in dem ordentlichen Prozeß verwiesen (f). VII. In zweifelhaften Fällen, wenn von eigentlichen Handlungsgeschäften die Rede ist, leisten von erfahrnen Kaufleuten ausgestellte Gutachten, Pareres genannt, guten Nutzen (g). VIII. Nach den Wechselordnungen der meisten Provinzen und Städte kann durch die Einwendung der Rechtsmittel die Vollstreckung der richterlichen Aussprüche nicht gehemmet werden, und ausserdem ist der Gebrauch dieser nicht selten noch auf gar mancherlei Weise eingeschränket (h). Nach den gemeinen Reichsrechten hingegen fällt die suspensive Wirkung an sich zuläßiger Rechtmittel nur

dann

dann weg, wenn von eigentlichen, in Handlungssachen ausgestellten Wechseln die Rede ist (i).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 75. Riccii Exercitat. XVII. jur. cambial. de processu cambiali. Sect. VI. §. 8. p. 89. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. §. 184.

b) Püttmann a. a. O. Nach anderer Meynung sollen die Kosten verglichen werden. Riccius l. c. §. 7. p. 88.

c) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 14. Wernher P. III. Obs. 85. Püttmann a a O. §. 185.

d) Schaumburg l. c. §. 14. Püttmann a. a. O. §. 186.

e) Riccius l. c. §. 7. p. 88. Claproth a. a. O. §. 79.

f) Schaumbnrg l. c. §. 15. Claproth a. a. O. §. 76. Berger Electa processus executivi. §. 48. Ludovici Einleitung zum Wechselprozeß. Kap. XII.

g) Reichsschluß von 1671. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede. Thl. IV. S. 76.) Püttmann a. a. O. §. 187. Ludovici a. a. O. §. 4.

h) Riccius l. c. Sect. VII. p. 91. seq. Ludovici a. a. O. Kap. XIII. §. 1-7. Schaumburg l. c. §. 16.

i) J. R. A. §. 107. Reichsschluß von 1671. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede. Thl. IV. S. 76.) von Selchow Einleitung in den Reichshofrathsprozeß. Band II. Tit 46. §. 1. 2. 3. 4. S. 565. Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 1161. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 184. Not. a. Meine Grundsätze rc. §. 413. Andere lassen jedoch überhaupt, und ohne Unterschied die suspensive Wirkung nicht zu. Ludovici a. a. O. §. 7. 8. 9. Riccius l. c. §. 14.

§. 14. 24. Claproth a. a. O. §. 80. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 3. §. 21. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 76. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1653. 1683.

Eilftes Hauptstück.

Von dem Arrestprozeß.

§. 96.

Arrestprozeß.

Der Arrestprozeß ist diejenige Verfahrungsart, wo der Richter in der Absicht seine Gerichtsbarkeit zu begründen, oder doch zu befestigen auf Ansuchen des Gläubigers entweder die Person des Schuldners in Verhaft bringen, oder dessen bewegliche Güter, oder die demselben an andere zustehende Forderungen in Beschlag nehmen lässet, und sodann nach den vorgängigen nothwendigen Handlungen der Partien über die Rechtmäßigkeit des angelegten Arrestes erkennet (a). Der Arrest ist diesemnach entweder ein persönlicher, oder ein dinglicher, oder ein gemischter, je nachdem er über die Person des Schuldners, oder über sein Vermögen, oder über beides zugleich verhänget wird. Der Arrestprozeß selbst aber ist allzeit nur ein vorbereitender (b), der eigentlich allein dahin abzwecket, daß dem Gläubiger sein angesprochenes Recht weder vereitelt, noch auch die Verfolgung desselben

selben erschweret werde. Die Reichsgesetze verwerfen blos widerrechtliche, mittelst eigenthätiger Gewalt angelegte Arreste, billigen hingegen solche, die in rechtlicher Ordnung verhänget worden sind (c).

a) Sieh. Meine Grundsätze ꝛc. §. 32. Einige halten die Anlegung und Aufhebung des Arrestes für Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, und wollen daher von einem Arrestprozeß, als einer besonderen Art der summarischen Prozesse nichts wissen. Nettelbladt Anleitung zu der ganzen prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 914-919.

b) Der Arrestprozeß zielt offenbar auf eine ausserordentliche Rechtshülfe, und kann darum als ein vorbereitender nicht angesehen werden, weil er nicht eine Bedingung des künftigen Prozesses, sondern nur Bedingung zur Erhaltung des Rechts ist.

c) R. A. von 1570. §. 84. R. A. von 1594. §. 82. 83. K. K. G. O. Thl. 2. Tit. 24. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 147. Hanzely Anleitung zu der neuesten Reichshofrathspraxis. §. 938. folg. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 518. seq. Benjamin Ferdinand Mohl Versuch eines Systems der Gerichtsbarkeit des kaiserlichen Reichskammergerichts. Thl. I. Tübingen. 1791. §. 63. folg. Meine Grundsätze des Reichsgerichtsprozesses. §. 280.

* Manche mit den Arresten zwar verwandte, von denselben aber doch wesentlich verschiedene Materien, z. B. die gerichtliche Versiegelung, Niederlegung und Verwahrung gewisser dem Schuldner zustehender Gelder, oder beweglicher Sachen die gerichtlich veranstaltete Verwahrung unbeweglicher Güter, oder Personen u. s. w. gehören nicht hierher. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 108. David Mevius Synoptica tractatio de arrestis. Rostoch. 1646. Cap. I. No. 13. seq. Tafinger l. c. §. 526. seq.

§. 97.

§. 97.

Wer kann um Anlegung des Arrestes bitten?

Der Arrestprozeß beginnet gewisser maßen mit der Vollstreckung (§. 96.), tritt daher nur in wenigen Fällen, als Ausnahme von der Regel ein (a). Ein jeder übrigens, der an einen andern eine gültige Forderung hat, kann um Verhängung des Arrestes bitten (b); nur muß die Legitimation zu der Sache jedesmal eben so im reinen seyn, als die Legitimation zu dem Prozeß in der Regel nothwendig durch die Beibringung einer besonderen Vollmacht zu berichtigen ist (c).

a) Mevius Tract. de arrestis. Cap. II. No. 7. 8. 9. Cap. III. Cap. IV. Sieh. unten §.

b) Mevius l. c. Cap. VII. No. 1-22.

c) Mevius l. c. No. 22. seq. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 119. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 3. Leyser Spec. 475. M. 6. Spec. 522. M. 5. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 124. folg. Andere halten einen allgemeinen Auftrag für hinlänglich. Wernher P. VI. Obs. 284. 332. P. IX. Obs. 46.

§. 98.

Gegen wen kann ein Arrest verhängt werden?

Gegen einen jeden, der wahrer Schuldner ist, auf welchem Rechtsgrunde auch die Schuld selbst beruhen mag, kann Arrest erkannt werden (a); nur der persönliche findet gegen folgende Personen nicht statt: 1) Geistliche können nur dann, wenn sie sich schon auf die Flucht begeben haben, oder doch wegen derselben

höchst

höchst verdächtig sind, mit Arrest bestricket werden, und der weltliche Richter, der denselben nur in dem Fall, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, zu erkennen befugt ist, muß den Arretirten dem geistlichen gehörigen Richter bald möglichst übergeben (b). 2) Würklich im Dienst begriffene Soldaten können nicht arretirt werden; nur durch Verbrechen allein, wenn sie z. B. rauben und plündern, machen sie sich dieses Vorrechts unwürdig (c). 3) Gesandte dürfen in dem Staate, wo sie als solche angenommen sind, so lange ihre Gesandtschaft währet, mit keinem Arrest beleget werden (d). 4) Der Schuldner, welcher der Rechtswohlthat der Uebertragung der Güter sich bedienet hat, ist von dem Arreste frei (e). 5) Auch ein erhaltener eiserner Brief, und ein gegebenes sicheres Geleit schützen gegen den Arrest, wenigstens so lange, als nicht bereits getroffene Anstalten eine vorhabende Flucht höchst wahrscheinlich machen (f). 6) Kinder, die an ihre Eltern Forderungen haben, können nur, wenn höchste Noth sie drücket, auf Verhängung des Arestes dringen, und um ähnlicher Verhältnisse willen tritt das nämliche bei dem Lehnmanne in Ansehung des Lehnherrn ein (g).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. VIII. No. 1-77.

b) Idem l. c. No. 86-95. Gail Lib. II. Obs. 44. No. 2.

c) Mevius l. c. No. 104-114.

d) Idem l. c. No. 114-123. Meine Grundsätze ꝛc. §. 34.

e) Mevius l. c. No. 148-170. Cap. XXV. No. 32. seq.

f) Idem l. c. Cap. VIII. No. 170-173. Cap. XXV. No. 39.

g) Berlich P. I. Concluf. 50. num. 9. seq. Carpzov P. I. Const. 29. Def. 28. Mevius l. c. Cap. VIII. No. 175-181. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse. §. 120.

§. 99.

Welche Sachen können in Beschlag genommen werden?

Alle bewegliche Sachen, in so weit sie dem Schuldner ganz, oder zum Theil zustehen, können beschlagen werden; nur ist für sich klar, daß die vorher von einem dritten an solchen Sachen schon erworbene Gerechtsame ungekränket bleiben müssen (a). Bei unbeweglichem Vermögen ist eine Verkümmerung nicht denkbar, die Untersagung der Veräusserung kann aber die Stelle derselben vertreten (b). Eben so wird zuweilen statt des Arrestes die Benutzung gewisser Rechte untersagt (c), und wenn von ausstehenden Schulden die Rede ist so verbietet der Richter bei Strafe des doppelten Zahlens, demjenigen, gegen welchen die Arrestverhängung nachgesuchet wird, Zahlung zu leisten (d) — Bei der Beschlagnehmung übrigens selbst wird dasjenige Vermögen billig zuletzt angegriffen, dessen der Schuldner zu seinem nöthigen Unterhalt, oder zu Treibung des Geschäftes, das ihm Nahrung giebt, bedürftig ist (e).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. IX. No. 1-25.

b) Idem l. c. No. 25-32. Ein solches Verbot begründet jedoch die Gerichtsbarkeit desjenigen Gerichts nicht, welches dasselbe hat ergehen lassen. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1556. Not. a.

c) Mevius l. c. No. 32-35. Hierher ist die vorhergehende Bemerkung zu wiederholen.

d) Idem l. c. No. 35-53. Leyser Spec. 244. M. 11. Pufendorf Tom. III. Obs. 168. 170.

e) Mevius l. c. No. 53-62. Pufendorf Tom. IV. Obs. 257.

§. 100.

Forderungen, die ein Arrestgesuch begründen.

Eine jede Verkümmerung setzet schon ihrem Begriff nach eine Forderung voraus. Diese nun muß 1) jetzo schon beigetrieben werden können. Vorher findet Arrest nicht statt, wenn nicht etwa der Schuldner sichtbar in Abnahme seines Vermögens verfällt, oder sonst Gefahr auf dem Verzuge haftet, als in welchen Fällen wenigstens vorerst auf Sicherheitsleistung mit Recht gedrungen werden kann (a). 2) Die Forderung muß auch an dem Orte, wo das Arrestgesuch angebracht wird, eingeklaget werden können (b). 3) Geringfügiger, unbedeutender Forderungen wegen wird billig zu einem so harten Mittel, als die Verkümmerung ist, nicht geschritten. Die Umstände müssen hierbei das vernünftige Ermessen des Richters leiten. 4) Die Existenz der Forderung endlich brauchet zwar nicht vollständig erwiesen, muß aber doch höchst wahrscheinlich gemacht werden; den Betrag derselben hingegen sofort liquid zu machen ist nicht nothwendig (c).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. X. Nn. 19-29.

b) Sieh. den folgenden §.

c) Mevius l. c. 32-53. Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 2. Leyser Spec. 475. M. 1. 2. 5. Wernher P. IX. Obs. 9. P. X. Obs. 431. Gribner Princip.

Princip. process. judiciar. Lib. II. Cap. VI. §. 2. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI. §. 2. Struben R. B. Thl. I. Bed. 74. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 115. Müller ad Struvium Exercitat. XXVI. T. 2. Not. E. de Cramer Tom. I. Obs. 413.

§. 101.

Zeit, zu welcher, und Ort, wo das Arrestgesuch angebracht werden kann.

Der Arrest kann, bei eintretender Gefahr, zu allen Zeiten, auch an Ferien und Festtägen gesucht und angeleget werden. Nur Kaufleute und ihre Waaren sind während der Meßzeit von der Verkümmerung befreit. Es wäre dann, daß sie den Meßfreiheiten ausdrücklich entsagt hätten, oder der Flucht wegen höchst verdächtig wären. Ausser den Kaufleuten kann jedoch niemand dieses Vorrecht ansprechen, es dauert auch nur so lange, als die Meßzeit währet, und darf auf Jahr- und Wochenmärkte nicht ausgedehnet werden (a). — Blos an dem Orte, wo der Schuldner wegen der in Frage stehenden Forderung in Anspruch genommen werden kann, ist es erlaubt eine Verkümmerung anzulegen. Boshafte Schuldner jedoch, die ihren Gläubigern zu entgehen suchen, oder ihr Vermögen verprassen, oder flüchtig geworden sind, müssen an allen Orten, wo sie, oder ihre Sachen angetroffen werden, persönlichen sowohl, als dinglichen Arrest sich gefallen lassen (b).

a) L. un. C. de nundin. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XI. de Selchow Elementa juris Germanici privati hodierni. §. 208. Orth Ausführliche Abhandlung von den zweien Reichsmessen, so

zu Frankfurth am Main jährlich gehalten werden. Frankfurth 1765. S. 242. Pfeffinger ad Vitriarium Tom. III. Lib. III. Tit. 2. §. 39. p. 194.

b) Mevius l. c. Cap. XII.

§. 102.

Welcher Richter kann Arrest verhängen?

So wie überhaupt alle eigenthätige Gewalt verboten ist, so darf auch kein Gläubiger, wenn nicht höchste Gefahr auf dem Verzuge stehet, und die richterliche Hülfe so geschwind nicht erlanget werden kann, weder die Person seines Schuldners anhalten, noch auch seiner mit sich führenden Sachen sich bemächtigen, sondern muß vielmehr den zuständigen Richter angehen (a). Der Richter des Orts aber, wo der Schuldner wegen des in Frage stehenden Anspruchs Recht zu geben verbunden ist, ist als der gehörige anzusehen, und sollten an dem nämlichen Orte mehrere Gerichtsstellen seyn so muß nach der besonderen Ortsverfassung bestimmt werden, vor welche dieser Geschäftszweig gehöret. Flüchtig gewordene Schuldner jedoch, und diejenige, die sich verbergen, um den rechtlichen Ansprüchen ihrer Gläubiger zu entgehen, oder die ihr Vermögen verprassen, kann ein jeder Richter eben so anhalten, wie er ihr Vermögen zur Sicherheit der Gläubiger in Beschlag zu nehmen befugt ist (b).

a) Meine Grundsätze rc. §. 3. No. VII.

b) Mevius Tr. de arrestis. Cap. V. Meine Grundsätze rc. §. 32. Elaproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 117. Pufendorf Tom. I. Obs. 167. Gmelin und Elsässer

ser Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Band V. No. 13 S. 249.

* (Der Arrest, wenn er auch eine ausserordentliche Rechtshülfe bezweckt, darf sich sowenig als möglich von den Regeln des ordentlichen Verfahrens entfernen; so lange daher derjenige Richter, dessen Jurisdiction in der Hauptsache fundirt ist, den Arrest mit gleicher Wirkung erkennen kann, so lange darf man sich an einen andern Richter nicht wenden. Grolmann Theorie des ger. Verf. §. 240.)

§. 103.

Ursachen, um welcher willen Arrest erkannt werden kann.

Eine Verkümmerung enthält eine höchst nachtheilige Verfügung gegen eine noch nicht gehörte Person, sie kann daher nur besonderer Gründe und Verhältnisse wegen erkannt werden. Bei Erwägung und Beurtheilung dieser Gründe tritt zwar hauptsächlich das Ermessen des Richters ein, welches immer durch den allgemeinen Grundsatz geleitet werden muß, daß nur augenscheinliche Gefahr, der Gläubiger werde seinen Anspruch ganz vereitelt, oder doch die Verfolgung desselben sehr erschweret sehen, die Anlegung eines Arrestes rechtfertiget; allein es lassen sich dann doch mancherlei besondere Gründe angeben, von welchen alsdann auf andere ähnliche Fälle leicht geschlossen werden kann. Diese besondere Gründe sind: 1) wenn der Schuldner auf die Flucht bereits sich begeben hat, oder doch derselben wegen höchst verdächtig ist, und gleichwohl kein Vermögen zurückläßt, an dem der Gläubiger sich erholen könnte. Besonders gehöret hierher auch der Fall, wenn mit einem Reisenden ein Geschäft eingegangen worden ist, und dieser, ohngeach-

tet ihm kein Credit gegeben worden, weder Zahlung leistet, noch auch Sicherheit bestellet (a): 2) wenn der Schuldner sein Vermögen verschwendet, sichtbar in Rückstand kommt und daher zu fürchten ist, der Gläubiger möchte am Ende um seine Ansprüche gar gebracht werden (b): 3) persönlicher Arrest macht nicht selten die öffentliche Strafe des Ungehorsams aus (c), und wird auch zuweilen als Vollstreckungsmittel gebrauchet (d): 4) wenn an dem Orte, wo der Schuldner eigentlich belanget werden sollte, besonderer Verhältnisse wegen, z. B. wegen Krieges, Gerichtsstillstandes u. s. w. richterliche Hülfe nicht erlanget werden kann, und der Schuldner gleichwohl den Gläubiger in Güte nicht befriedigen will. — So lange übrigens durch dinglichen Arrest der Gläubiger noch sicher gestellet werden kann, muß man zu dem persönlichen, als einem härteren Mittel, nicht schreiten, und ausser dem Wechselprozeß wird auf die Verabredung, mittelst deren eine Partie der persönlichen Verkümmerung sich unterwirft, keine Rücksicht genommen (e).

a) Leyser Spec. 475. M. 1. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 110. de Cramer Tom. III. Obs. 958. Boehmer Tom. II. Consultat. 473. n. 20.

b) Claproth a. a. O. §. 111. Leyser l. c. M. 5.

c) Meine Grundsätze rc. §. 456.

d) Ebendaselbst §. 448. No. 3.

e) Claproth a. a. O. §. 107. 114. Sieh. überhaupt noch Mevius Tr. de arrestis. Cap. VI.

§. 104.

§. 104.

Arrestgesuch.

In dem dem Richter einzureichenden Arrestgesuche führet man 1) die an den Imploraten zustehende Forderung behörig an, und bescheiniget ihre Existenz; zeiget sodann 2) die bevorstehende Gefahr, diesen Anspruch entweder gar vereitelt, oder doch die Verfolgung desselben sehr erschweret zu sehen a); bemerket 3) das nöthige wegen der Legitimation zu der Sache und zu dem Prozeß; entfernet 4) den allenfalls eintretenden Zweifel, ob gegen den Imploraten ein Arrest verhänget werden könne; begründet 5) bei der mindesten eintretenden Bedenklichkeit die Gerichtsbarkeit des Richters, den man angehet, und zeiget, daß auch die Zeit eingetreten sey, wo der Verhängung des Arrestes nichts mehr im Wege stehet; bezeichnet 6) die Art der Verkümmerung, die dem Imploranten die beste Sicherheit gewähret; und füget endlich 7) das Gesuch um Erkennung dieser bei (b).

a) Macht der Arrest das Vollstreckungsmittel aus; so muß der deßwegen zu überreichende Schriftsaz freilich anders eingerichtet werden. Meine Grundsätze ꝛc. §. 449.

b) In der Rubrik muß die Absicht des Imploranten namentlich und bestimmt ausgedrückt werden. Z. B. Gemüßigtes Gesuch um Verhängung des persönlichen Arrestes — Beschlagung des beweglichen Vermögens — der ausstehenden Schulden — Untersagung der Veräusserung unbeweglicher Güterstücke u. s. w. — Nach erkanntem Arrest erhalten die Partien gewöhnlich die Namen — Arrestant und Arrestat — weil aber diese Benennungen auch von wegen Verbrechen, oder Vergehungen gefänglich Eingezogenen gebrauchet werden so ist es besser der Ausdrücke — Impetrant und Impetrat sich zu bedienen.

§. 105.

Verfügung des Richters auf das eingereichte Arrestgesuch.

Der Richter, welcher ohne die im vorhergehenden angeführten Erfordernisse zu beobachten einen Arrest verhänget, setzet sich der Injurien, (a) oder Syndikatsklage, oder einer actioni in factum aus (b); sein ganzes Verfahren zerfällt ausserdem als nichtig in sich selbst (c); er macht sich noch darneben verdächtig, und die Partien können ihn daher sich verbitten (d). Dagegen schützet ihn das nicht, wenn er die Verkümmerung unter der Klausel — auf Gefahr des bittenden Theils, oder, — so viel von Rechtswegen geschehen kann — erkannt hat (e). Auf der andern Seite aber kann derselbe allerdings auch auf Entschädigung belanget werden, wenn er einen gebetenen Arrest dann zu verhängen Anstand nimmt, wo derselbe doch nach den bisher angeführten Grundsäzen billig erkannt werden sollte (f) — Aus dem allen also ergiebt sich, daß der Richter bei angebrachten Arrestgesuchen mit der höchsten Vorsicht zu Werk gehen muß. Treten die nöthigen Erfordernisse offenbar nicht ein; so ist die gebetene Verkümmerung gerade zu abzuschlagen. Bei eintretenden Zweifeln hingegen, sind entweder Vorbescheide, die die Wegräumung der Bedenklichkeiten bezwecken zu erlassen, oder es kann allenfalls auch der Implorat auf mündliche Vorladung kurz vernommen werden (g). Haftet hingegen sichtbar Gefahr auf dem Verzuge, so daß die vorhandenen Bedenklichkeiten vorerst noch nicht gehoben werden können so bleibet nichts übrig, als den Imploranten zu gehöriger Sicherheitsleistung wegen allenfalsiger Entschädigung des Richters sowohl, als des Imploraten anzuhalten, und sodann den gebetenen Arrest zu verhängen (h).

a) L.

a) L. 32. D. de injur. Mevius Tr. de arrestis, Cap. XXIII. No. 21-24. Guil. Hieron. Bruknek Diss. de actione injuriarum ob arrestum contra debitorem solvendo existentem dolose impetratum, competente. Jenæ 1725.

b) Mevius l. c. No. 24-30. Meine Grundsätze rc. §. 24. Not. c.

c) Rivinus Tit. 51. Enunc. 5.

d) Leyser Spec. 475. M. 3. Spec. 67. M. 4. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. IV. §. 4. Meine Grundsätze rc. §. 24. S. 57.

e) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 116. Ludovici a. a. O. §. 4.

f) Claproth a. a. O. Ludovici a. a. O. §. 6. Mevius l. c. Cap. IV. No. 11. Wernher P. VII. Obs. 220. Sammlung merkwürdiger am kaiserlichen Reichskammergerichte entschiedener Rechtsfälle mit ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen. Thl. II. Lemgo 1789. No. 6. 8.

g) Claproth a. a. O. §. 125. 126.

h) Struben R. B. Thl. I. B. 74. Carpzov P. I. Const. 29. Def. 25. 26. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 2.

§. 106.

Fortsetzung.

Achtet der Richter die Sache zu Erkennung des Arrestes geeigenschaftet so leuchtet A), in so ferne von Verhängung der persönlichen Verkümmerung die Frage ist, von selbst in die Augen, daß der blose Befehl an den Imploraten, sich nicht zu entfernen, die Gefahr der Flucht und des Verlustes der Forderung nicht aufhebet (a). Es bleibet mithin nichts übrig, als Personen

sonen geringen Standes in ein leidliches, öffentliches Gefängniß bringen zu lassen, Personen von Stand aber einen, oder etliche Männer in ihrem Hause beizugeben, die dieselben beständig unter Augen behalten müssen. Sollen hingegen B) bewegliche Sachen in Beschlag genommen werden: so sind solche, nach Verschiedenheit der Umstände, entweder bei Gericht in Verwahrung zu nehmen, oder an einen eigenen, besonderen Ort zu bringen, und allenfalls zu bewachen; oder es ist demjenigen, bei dem sich dieselben befinden, unter der Verwarnung, daß er dafür stehen müsse, zu befehlen, solche, ohne vorgängige richterliche Erlaubniß, niemand auszuhändigen. Sollten die Sachen dem Verderben ausgesetzet seyn, oder ihre Aufbewahrung zu vielen Aufwand heischen, und darneben der Implorat abwesend seyn, so kann der Richter füglich, nach vorgängiger gehöriger Schätzung, die Veräusserung derselben veranstalten, und das erlösete Geld gerichtlich niederlegen. Will endlich C) der Richter ausstehende Forderungen des Imploraten beschlagen; so ist ein Befehl an die Schuldner, ihrem Gläubiger, bei Strafe des doppelten Zahlens, keine Zahlung zu leisten der natürlichste Weg (b) — Neben der Arrestverhängung selbst aber muß der Richter zugleich einen Termin zu Rechtfertigung der angelegten Verkümmerung anberaumen, der nach den verschiedenen Verhältnißen der Partien, und der Natur der Sache bald kürzer, bald länger seyn kann. Sind dem Imploraten, der abwesend, und einem andern Richter unterworfen ist, seine Güter in Beschlag genommen worden so muß demselben, mittelst der gewöhnlichen Nachsuchungsschreiben (c), das von dem Imploranten eingereichte Arrestgesuch und die darauf ergangene richterliche

terliche Verfügung zugefertiget werden. Nach Befinden der Umstände kann auch wohl eine öffentliche Ladung nothwendig seyn (d).

a) Einen solchen blosen Befehl hält gleichwol für hinreichend: Mevius Tr. de arrestis. Cap. XIII. Vergl. auch Cap. XIV.

b) Ludovici Einleitung zum Civilprozeß. Kap. VI. §. 7. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 127.

c) Meine Grundsätze ꝛc. §. 101. folg.

d) Ebendaselbst §. 94. Mevius l. c. Cap. XVI. No. 1-8.

§. 107.

Wirkungen eines angelegten Arrestes.

Die erlassene richterliche Verordnung muß derjenige, an den sie ergangen ist, wenn er sich nicht die Strafe des Ungehorsams zuziehen will (a), auf das genaueste befolgen, und alles in dem Zustande lassen, in welchem es zu der Zeit der verhängten Verkümmerung war (b). Ist der Schuldner so arm, daß er während des Arrestes seinen nothdürftigen Unterhalt aufzubringen nicht im Stande ist; so lieget dem Imploranten ob, die nothwendigen Ausgaben vorzuschiessen, oder sich gefallen zu lassen, daß der Arrest aufgehoben wird (c). Bei beschlagenen Sachen hingegen bleibet, wenn der Implorat den nothwendigen Aufwand zu Verwahrung derselben nicht bestreiten kann, am Ende nichts übrig, als zur Veräusserung, so weit es nöthig ist, zu schreiten. Nach gemeinen Rechten giebt die Verkümmerung kein Pfand überhaupt kein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern (d); nur auf die

in Beschlag genommenen Sachen, wenn sie durch die Beschlagnehmung erhalten worden sind, macht derjenige, der diese veranlasset hat, mit Recht vor allen andern Gläubigern Ansprache (e). In der Regel kann zwar nur derienige Richter, vor welchem der Implorat in Ansehung der von dem Imploranten angesprochenen Forderungen nach den Gesezen Recht zu geben verbunden ist, einen Arrest erkennen; allein in ausserordentlichen Fällen ist doch ein jeder Richter berechtiget, die unter seinem Gerichtszwange sich befindende Personen und Sachen, wenn es gleich nur reisende Personen, oder durchgehende Sachen sind, in Beschlag zu nehmen, und alsdann begründet die Anlegung des Arrestes in Rüksicht auf die Forderung in Ansehung welcher derselbe angeleget wird, sie sey eine persönliche, oder dingliche, die Gerichtsbarkeit des Richters, die ihn erkennet (f).

a) Sieh. davon den folgenden §.

b) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XV. No. 1-5. No. 13-15. No. 41-44.

c) Mevius l. c. No. 6-9. Cap. XXV. No. 23. 24. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prözesse. §. 110. No. 4.

d) L. 12. pr. D. de reb. auctor. judic. L. 10. C. de bon. auctor. judic. Wernher P. VII. Obs. 204.

e) L. 10. §. 16. D. quæ in fraudem creditor. L. 5. 6. D. qui potior. in pign. Leyser Spec 475. M. 7. 8. 9. Mevius l. c. No. 9-13. et Cap. XIX. No. 19. seq. Claproth a. a. O. §. 139.

f) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VII. §. 1. Claproth a. a. O. §. 118. Struv Exerc. 9. th. 42. Mevius l. c. No.

No. 144. Gmelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band II. No. IX. S. 90. Meine Grundsätze rc. §. 32. (Aus unzureichenden Gründen behauptet Krüll Prüf. einzelner Theile des posit. Rechts. Bdch. 4. Abh 3. die Arrestverfügung begründe an und für sich keinen eigenen Gerichtsstand.)

§. 108.

Folgen des gebrochenen Arrestes.

So bald der Richter von dem von dem Impetraten gebrochenen Arreste Nachricht erhält, muß er vor allen Dingen des Entflohenen, oder der weggebrachten Sachen wieder habhaft zu werden sich bemühen. Ist dieses nicht möglich; so bleibet nichts übrig, als eine öffentliche Ladung, oder die nöthigen Nachsuchungsschreiben an den Richter, unter dessen Gerichtszwang der Entwichene, oder dessen Sachen sich befinden, zu erlassen. Strafe verdienet der Ungehorsam des Impetraten in alle Wege, die aber, als in den Gesezen nicht bestimmt, dem richterlichen Ermessen überlassen bleibet, und nicht wohl eine andere, als eine den Umständen angemessene Geldstrafe seyn kann (a). Ein Dritter, der dem Impetraten zu seiner Entweichung, oder Wegschaffung seiner Sachen behülflich ist, nimmt eben dadurch die Verbindlichkeiten, dieses auf sich, und kann daher von dem Impetranten allerdings belanget werden (b). Daß endlich gegen den Richter, der bei der Verhängung des Arrestes die gebührende Sorgfalt nicht angewendet hat, subsidiarisch auf Entschädigung geklaget werden kann, leidet wohl keinen Zweifel.

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXIV. No. 1-36. Pufendorf Tom. II. Obs. 20. 21.

b) Idem l. c. No. 36-42.

§. 109.

Rechtsmittel gegen die Verhängung des Arrestes.

Richterliche Erkenntnisse, die eine fortwährende Beschwerde enthalten, wie dieses der Fall bei einem widerrechtlich angelegten Arreste ist, werden zwar nie rechtskräftig; es kann auch gegen eine richterliche Verfügung, durch welche jemand vor Gericht geladen wird, wenn diese, wie z. B. eine Realladung, für den Geladenen höchst nachtheilige Folgen hat, ein Rechtsmittel allerdings ergriffen werden; allein da Arreste immer doch nur erkannt werden, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, dem Impetraten auch Wege genug offen stehen, seine Gerechtsame zu verfolgen, und das ihm allenfalls angethane Unrecht zu rächen, so läßt der gemeinere Gerichtsbrauch gegen verhängte Verkümmerungen Rechtsmittel nicht zu (a) und das wenigstens lehrt schon die Natur der Sache, daß, wenn man dieselben auch für zuläßig achten will, doch der Arrest, bis zu der eingelangten Verordnung des Oberrichters nicht aufgehoben werden darf (b).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXI. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 129. — Ob gegen dasjenige richterliche Erkenntniß, welches nach geschehener Rechtfertigung der Verkümmerung in der Hauptsache selbst ergehet, ein Rechtsmittel gültig ergriffen werden kann, muß nach den allgemeinen Grundsätzen von der Statthaftigkeit der Rechtsmittel beurtheilet werden, indem der verhängte Arrest hierinn gar nichts ändert.

b) Auch in Arrestsachen sind die Urtheile nicht inappellabil, selbst gegen die Erkennung oder Versagung des Arrestes finden Rechtsmittel statt, welche in der Regel zwar keine Suspensivkraft haben, obgleich auch diese aus hinreichenden Gründen dem Rechtsmittel zugestanden

geſtanden werden kann. Gönner Hdb. B. III. Abh. 61. §. 25. wirklich hat auch das K. R. K. G. am 16. Jun. 1801. über die Frage, ob der Arreſt zu erkennen geweſen oder nicht, auf Bericht und Gegenbericht völlige Appellationsprozeſſe erkannt. S. deſſen Beobacht. im jurid. Arch. B. III. S. 227.

* Von Interventionen und Adhäſionen in Arreſtſachen handelt: Mevius l. c. Cap. XIX.

§. 110.

Der Impetrant erſcheinet in dem zu Rechtfertigung des Arreſtes anberaumten Termine nicht.

Läſſet der Impterant, ohne daß er aus rechtmäßigen Urſachen um Erſtrekung gebeten hat, oder allgemein kundiger maßen ſo verhindert iſt, daß alle Schuld von ſeiner Seite wegfällt, den zu Rechtfertigung des angelegten Arreſtes anberaumten Termin ungehorſam verſtreichen ſo iſt der erſchienene Impetrat auf Aufhebung der verhängten Verkümmerung, wie auch den Erſaz der verurſachten Koſten und Schäden zu dringen allerdings berechtiget (a).

a) Mevius Tr. de arreſtis. Cap. XVI. No. 8-11. Cap. XVII. No 16. 17. Cap. XXV. No. 25-32. Andere geben der Straſe der Erlöſchung nicht ſtatt. Hofmann Teutſche Reichspraxis. Thl. II. §. 1576. 1577.

§. 111.

Der Impetrat bleibet in dem zu Rechtfertigung des Arreſtes anberaumten Termine aus.

Das ungehorſame Auſſenbleiben des Impetraten in dem von dem Richter zu Rechtfertigung des erkannten Arreſtes anberaumten Termine kann den Befug-

niſſen

nissen des Impetranten nicht nachtheilig seyn; es verfährt daher dieser mit der ihm obliegenden Rechtfertigung eben so, als wenn jener erschienen wäre (a).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XVII. No. 16. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 132. Hofmann Teutsche Reichspraxis. §. 1578.

§. 112.

Rechtfertigung des Arrestes.

In dem von dem Richter anberaumten Termine hat der Impetrant vor allen Dingen die bei Verhängung des Arrestes etwa untergelaufenen Fehler, wenn durch sie an hinreichender Sicherheit es gebricht, anzuzeigen, und auf Verbesserung derselben zu dringen. Diesem vorgängig muß er, wenn dieses vorhin noch nicht geschehen seyn sollte, die Rechtmäßigkeit des angelegten Arrestes nach den bisher vorgetragenen Grundsäzen umständlich darthun, besonders aber den Grund seiner Forderung, wie auch die, die Verkümmerung veranlassende Gefahr sorgfältig ausführen, und sodann die Vernehmlassung des Impetraten, mittelst eines seinen Ansprüchen angemessenen Gesuchs, fordern (a).

a) Sieber Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 358. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XVII. No. 12-16.

§. 113.

Vernehmlassung des Impetraten auf die eingerichte Arrestklage.

Kann der Impetrat den angelegten Arrest mit stichhaltigen Gründen als widerrechtlich anfechten so muß er diese umständlich ausführen, und wenn der Richter blos der erkannten Verkümmerung wegen, sonsten aber nach keiner andern Hinsicht in der Sache zuständig ist, in die Hauptsache selbst sich gar nicht einlassen, indem in diesem Falle die Einrede des widerrechtlich angelegten Arrestes, als eine den Gerichtsstand ablehnende anzusehen ist (a). Ist hingegen die Gerichtsbarkeit des angegangenen Richters schon an sich, auch ohne die Verkümmerung, in Ansehung der Hauptsache gegründet so kann die Schuzrede des widerrechtlich angelegten Arrestes nur als eine gemeine verzögerliche, welche die von dem Richter erlassene Verfügung betrifft, angesehen werden (b), und es muß daher mit derselben die Einlassung in Ansehung der Hauptsache allerdings verbunden werden (c). In beiden Fällen übrigens ist der Impetrat nicht nur auf Aufhebung des Arrestes zu dringen berechtiget, sondern auch befugt, mittelst einer Wiederklage wegen der zugefügten Beschimpfung Genugthuung, und wegen der verursachten Schäden Ersaz von dem Impetranten zu verlangen (d). Lässet sich aber endlich gegen den erkannten Arrest etwas erhebliches nicht einwenden (e) so bleibet dem Impetraten, der gerne der Verkümmerung entlediget seyn möchte, nichts übrig, als, in so ferne blos von einem persönlichen Arrest die Rede ist, gebührende Sicherheit, sich jedesmal vor Gericht stellen zu wollen (*); in so ferne aber von einem dinglichen Arreste

Arreste die Frage ist, dem ergangenen Urthel ein Genüge leisten zu wollen, rechtsgenüglich zu bestellen (f). Ueber diese angebotene Sicherheitsleistung wird der Impetrant billig vernommen, und den unter den Partien darüber entstandenen Streit schlichtet am Ende der Richter. Durch Bürgen, oder Pfänder muß in der Regel diese Kaution bestellet werden (g), und eine blos eidliche Versicherung ist nur dann für hinreichend zu achten, wenn der Impetrat ein sehr glaubwürdiger Mann ist, von dem allen Umständen nach sich nicht erwarten lässet, daß er sein gegebenes Wort brechen werde (h).

a) Meine Grundsätze ꝛc. §. 160. 170.

b) Ebendaselbst §. 165.

c) Ebendaselbst §. 170.

d) L. 5. §. 1. D. qui satisdare cogantur. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXIII. No. 1-17. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 133. Vergl. oben §. 105. Hierher gehöret auch der oben zum §. 105. Not. a angeführte Bruknek.

e) Die Sicherheitsstellung enthält jedoch an sich niemalen eine stillschweigende Genehmigung des verhängten Arrestes. Es kann vielmehr der Impetrat, der solche, um der Verkümmerung desto geschwinder entlediget zu werden, bestellet, auch nachher noch wegen des widerrechtlich angelegten Arrestes gegen den Richter sowohl, als gegen den Impetranten Klage führen. Mevius l. c. Cap. XXIII. N. 17-21.

* Da der Arrest nicht blos die Rechtsverfolgung, sondern selbst die Realisirung des Rechtes bezwekt, und die Sicherheit allemal diese Richtung haben muß, auch der persönliche Arrest vom dinglichen nicht im Zwecke, sondern nur in der zufälligen Verkümmerungsart unterscheldet, so muß zur Abwendung auch des persönlichen

lichen Arrestes eine dem bescheinigten Anspruch gleiche Sicherheit geleistet werden.

f) Die Kautionssumme kann jedoch hier nicht höher angesetzet werden, als der Werth der beschlagenen Sachen sich belaufet. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXV. No. 40-67 Allemal muß dem Impetraten unter mehreren Objekten des Arrestes die Wahl frei stehen, sobald er nur dem Gegner hinreichende Sicherheit stellt.

g) Mevius l. c. Cap. XXV. No. 67-96.

h) Idem l. c. No. 96-102. Claproth a. a. O. §. 136.

** Zwischen der Aufhebung eines Arrestes wegen Mangel an hinreichendem Grunde des Arrestgesuches und zwischen der Verwandlung des Arrestes in ein anderes Sicherheitsmittel ist der wesentliche Unterschied, daß dort alle Wirkungen des Arrestes, insbesondere des forum arresti, hinwegfallen, welche hier fortdauern.]

§. 114.

Fortsetzung.

Siehet der Impetrat sich veranlaßt in die Hauptsache selbst einzugehen, so muß die Art seiner Vernehmlassung der Natur dieser gemäß eingerichtet werden. Der angelegte Arrest hat hier ganz keinen Einfluß, sondern die gewöhnlichen Grundsäze des ordentlichen, oder nach Befinden der Umstände summarischen Prozesses finden ihre volle Anwendung (a).

a) Pufendorf Tom. II. Ob. 91. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XVI. No. 18. seq. Cap. XVIII. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 134.

§. 115.

Verfügung des Richters auf die Vernehmlassung des Impetraten.

Ueberzeuget sich der Richter, daß der Arrest widerrechtlich verhänget worden ist, und ist die erkannte Verkümmerung der einzige Grund seiner Zuständigkeit so muß er diese sogleich wieder aufheben, und zugleich dem Impetranten, wenn dieser nicht höchst wahrscheinliche Ursachen für sich anzuführen vermag, den Ersaz aller erweislich verursachten Schäden und Kosten auflegen. Ist hingegen der Arrest zwar offenbar unstatthaft, der Impetrat aber doch in Ansehung der eingeklagten Forderung vor dem angegangenen Richter zu Recht zu stehen verbunden so lieget diesem ob, die Verkümmerung zwar aufzuheben, aber doch auch in Ansehung der Hauptsache zugleich dasjenige zu verfügen, was die gewöhnliche Ordnung des Prozesses heischet. Die endlich von dem Impetraten allenfalls angebotene Kautionsleistung hat der Richter von allen Seiten zu prüfen, und, wenn die Partien zuvor nothdürftig gehöret sind, bei seiner Entscheidung wohl zu erwägen, daß es eben so wichtig ist, dem Impetranten hinlängliche Sicherheit zu verschaffen, als den Impetraten nicht ohne Noth zu beschweren. Ueberhaupt, aber gehet derselbe bei Aufhebung des Arrestes sowohl als bei Erkennung der Fortdauer desselben billig um so vorsichtiger zu Werk, als er, wenn nicht hinreichende Gründe ihn rechtfertigen, in dem ersten Falle von dem Impetranten auf Entschädigung belanget werden kann (a); in dem zweiten Falle aber den Impetraten veranlasset, bei dem Oberrichter um Befehle wegen Aufhebung des Arrestes, und, nach Befinden der Umstände,

stände, wegen Leistung hinreichender Genugthuung einzukommen (b).

a) Mevius Tr. de arrestis. Cap. XX. No. 8. seq. Cap. XXV. No. 11-14.

b) Idem Cap. XXV. No. 44-54. Sieber Versuch einer Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 354. 355.

§. 116.

Fortsetzung.

Läßet sich aus der Vernehmlassung des Impetraten über die Statthaftigkeit des angelegten Arrestes mit Zuverläßigkeit noch nicht urtheilen, so ergiebt sich die Nothwendigkeit, die Partien noch weiter zu hören, von selbst. Erachtet hingegen der Richter die Verkümmerung für unzuläßig, kann aber doch vorerst mit Gewißheit noch nicht beurtheilen, ob der Impetrant nicht hinreichende Gründe zu Nachsuchung derselben gehabt habe, so muß er den Punkt wegen des allenfalsigen Schadensersazes noch unentschieden lassen, und dem Impetraten die Nothdurft deßwegen vorbehalten (a). Ist endlich die Forderung des Impetranten, in Ansehung deren der Arrest erkannt worden ist, so geeigenschaftet und so vollständig erwiesen, daß nichts als die Vollstrekung mehr übrig bleibet so muß zu dieser auf die gewöhnliche Weise nach den Regeln des ordentlichen Prozesses geschritten werden und der Impetrat kann in diesem Falle, wider Willen des Impetranten, durch Sicherheitsbestellung der Verkümmerung sich nicht entledigen (b).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 137. Leyser Spec. 475. M. 12. 13. Mevius P. III. Decis. 111.

b) c. 23. x. de verbor. signif. Claproth a. a. O, §. 138. Mevius Tr. de arrestis. Cap. XXV. No. 102-106. Vergl. auch Cap. XXII. Leyser Spec. 475. M. 10. 11. Noch verdienen nachgesehen zu werden: Jo. Halbritter Diss. de arrestis, sive manuum injectionibus. Tübing. 1597. Dav. Magirus Conclus. de arrestis, ex jure communi saxonicoque, et moribus nostris, sacrique romani imperii constitutionibus depromptæ. Tübing. 1612.

Zwölftes Hauptstück.

Von provisorischen Verfügungen und Sequestrationen.

§. 117.

Begriff der provisorischen Verfügungen.

Neben jenen Verfahrungsarten und Rechtsmitteln, welche unter den Partheien einen provisorischen Zustand ihrer Natur nach bezielen, daher bei einer relativ endlichen Bestimmung doch nur ein provisorisches Resultat herbeyführen (a), zeichnen sich mit wesentlichem Unterschiede die provisorische Verfügungen (b) aus, welche bei einem, auf einen anderen Zweck berechneten, Streite zur Abwendung einer Gefahr vom Richter erlassen werden, und in verschiedenen Gestalten, der Temporalinhibitionen, Sequestrationen, verschiedenen Auflagen, auch nach Beschaffenheit der Gegenstände unter verschiedenen Schattirungen bei Alimenten, Ehesachen, Dienstsachen, Baustreitigkeiten u. dgl. erscheinen, daher auch nicht nur in allen Prozeßarten, sondern sogar in allen Stadien des Prozesses vorkommen können (c). Ihr wichtigstes Merkmal ist nebst dem angeführten darin zu suchen, daß sie weder für den gegenwärtigen noch einen künf-

tig möglichen Rechtsstreit einiges Präjudiz, oder am eigentlichen Besitze eine Veränderung hervorbringen (d).

a) Dies ist der Charakter aller, auf eine ausserordentliche Rechtshülfe abzielender, oder auf besondere Vertheidigungsmittel beschränkter Prozeßarten, z. B. des Mandats = Exekutiv = Wechselprozesses, der possessorischen Streitigkeiten u. dgl.

b) Jo. Fr. Harpprecht a Harpprechtstein de utilitate et necessitate remed. provis. in jud. imp. aul. et camer. Alt. 1731. Schneidt resp. Heffner Meditat. de remediis provisoriis quatenus sunt juris privati. Wirceb. 1789. 4. Gönner Handb. B. IV. Abh. 79.

c) Ueber den Unterschied zwischen den auf einen provisorischen Zustand ihrer Natur nach abzielenden Prozeßarten und zwischen provisorischen Verfügungen sehe Gönner a. a. O. §. 2 = 6. Darum gehört auch der reichshofräthliche Inhibitivprozeß als eine Abart des Mandatsprozesses nicht zur lezten Classe.

d) Selbst die Reichsgesetze erkennen es im K. K. G. O. Thl. II. Tit. 22. §. 4. „und so das geschehen, soll alsdann keinem Theil an seinem Inhaben oder Besitz in Rechten nachtheilig seyn."

§. 118.

Rechtsverhältniß der provisorischen Verfügungen.

Abwendung einer dringenden Gefahr, die man vom Ausgang eines Rechtsstreites nicht erwarten kann, ohne den Verlust seines Rechtes, oder dessen erschwerte Realisirung oder sonst einen bedeutenden Nachtheil zu erfahren, ist der Grund aller Provisionalien, woraus auch ihr Rechtsverhältniß im allgemeinen (a) bestimmt werden muß. I. Jedes Provisorium bedarf, als Ausnahme von der Regel, eines besonderen Rechtfertigungsgrundes; daher muß es II. genau nach dem

Grade

Grade der vorhandenen Gefahr abgemessen, und III. zunächst auf eine beiden Theilen gleich unschädliche Art, wo möglich gerichtet seyn, wobei auch insbesondere IV. darauf zu sehen ist, daß nicht unter dem Gewande eines Provisoriums der Besizstand einer Parthei vernichtet (b), und ebensowenig V. dem Provisorium ein Umfang gegeben werde, der nach den Gesetzen nur im Gefolge einer eigenen auf ausserordentliche Rechtshülfe berechneten Verfahrungsart stehen kann. VI. Die Gefahr und die in deren Voraussetzung ein Provisorium begründenden Thatumstände müssen bescheiniget seyn. VII. Auch muß in der Regel ein ausdrücklicher Antrag desjenigen vorausgehen, welchem an Erlassung eines Provisoriums liegt, wenn nicht VIII. die Gesetze, wie sie in vielen Gegenständen thaten, dem Richter zum Recht und zur Pflicht gemacht haben, von Amtswegen zur Abwendung einer Gefahr einzuschreiten (c). IX. Uebrigens finden provisorische Verfügungen bei allen Streitgegenständen, in allen Prozeßarten und in allen Stadien des Verfahrens statt, sie können zu jeder Zeit erkannt, aber auch zu jeder Zeit wieder aufgehoben werden, je nachdem eine Gefahr eintritt oder aufhört.

a) Hierüber ist zu vergleichen Gönner a. a. O. §. 8 - 15.

b) Gönner Rechtsfälle B. I. S. 277 - 304.

c) Die besonderen Erfordernisse der Provisorien in Sachen des streitigen Besitzes, des Landfriedensbruches, in Pfandungen, Gränz - Bau - Begräbniß - Alimenten - Ehestreitigkeiten, Erklärungen des Blöd - und Wahnsinns, der Prodigalität bei Vormundschaften und Erbschaften behandelt Gönner im ang. Handb. B. IV. Abh. 79. §. 19 - 40.

§. 119.

§. 119.

Verfahrungsart.

Wenn nicht der Richter zur Erlassung eines Provisoriums von Amtswegen berufen ist, so beginnet das Verfahren (a) I. mit dem Gesuche um eine Provisionalverfügung; in demselben wird die Gefahr dargestellt, das Recht und dessen Sicherungsmittel angeführt, das faktische, wo möglich bescheiniget, und um Erlassung des Provisoriums gebethen (b). II. Findet der Richter das Gesuch nicht ganz grundlos, so theilt er dasselbe dem Impetraten mit, weil diesem nur durch die Communikation die Rechtsvertheidigung möglich gemacht wird. III. Wo das Gesuch bescheiniget, und sonst seiner Rechtmäßigkeit nichts im Wege stehet, da verbindet der Richter mit der Communikation sogleich die provisorische Verfügung. IV. Ausserdem kann der Richter, wenn der Erkennung des Provisoriums entweder überhaupt, oder in der gebethenen Art ein Zweifel im Wege stehet, entweder durch Vernehmung des Impetraten oder durch ein Prälocut suchen, den Zweifel zu entfernen, womit jedoch eine Verfügung zur Entfernung der augenblicklichen Gefahr (meistens eine eigentliche Temporalinhibition) verbunden wird. V. Demjenigen, wider welchen ein Provisorium erlassen wurde, liegt zwar auf der einen Seite die Verbindlichkeit auf, dasselbe bis es aufgehoben ist, zu respectiren, und er wird, wenn er ihm entgegenhandelt, zu seiner Befolgung gezwungen, aber es stehet ihm auch VI. das Recht zu, dagegen seine Vertheidigung zu führen, wozu er die Gründe bald aus dem Nichtdaseyn einer Gefahr, oder eines Rechts, bald aus dem Mangel an Bescheinigung, bald aus der Art der provisorischen

Maas-

Maasregeln entnimmt, oder ihre Folgen durch ein minder beschwerliches Sicherheitsmittel abwendet. VII. Das richterliche Dekret für oder gegen das gebethene Provisorium wird zwar in dem Sinne niemals rechtskräftig, daß es der Richter, wenn er es einmal abgeschlagen oder erkannt hat, nicht abändern könnte. Vielmehr kann nicht nur im Verfolge nach Veränderung der Umstände bei verminderter oder erneuerter Gefahr daran jede zweckgemäße Veränderung statt finden, sondern auch der Richter kann dasselbe bei gewonnener besserer Einsicht auf wiederholte Vorstellungen erkennen oder aufheben; VIII. dennoch können auch gegen das Dekret Rechtsmittel ergriffen werden (c) und zwar 1) vom Imploranten gleich nach dem abschlägigen Dekrete (d), 2) der Implorat aber ist verbunden, zuerst durch Einreden gegen die Statthaftigkeit des erkannten Provisoriums sich bei dem Richter zu vertheidigen (e), und dann erst, wenn diese Vorstellung fruchtlos war, ist er zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt, ohne daß man das Dekret, worinn die Einwendungen verworfen werden, als einen Inhäsivbescheid, und darum das Rechtsmittel als unzuläßig ansehen dürfte (f).

a) Hierüber im ganzen s. Gönner a. a. O. §. 16-18. und in Anwendung auf die besondern §. 118. not. c. ausgezeichneten Gegenstände §. 20-40.

b) Man kann dieses Gesuch mit der Hauptschrift verbinden, allein es ist allemal räthlicher, dasselbe dann wenigstens in einer besonderen Vorstellung vorzutragen, wenn im Verlaufe der Verhandlungen um ein Provisorium gebethen wird.

c) Jedoch ohne Suspensivkraft. Gönner Handb. B. III. Abh. 61. §. 24.

d) Ebend. B. III. Abh. 57. §. 4.

e) Ebend. Abh. 56. §. 5.

f) Ebend. Abh. 61. §. 13 = 20.

§. 120.

Insbesondere von Sequestrationen.

Zu den provisorischen Verfügungen gehören auch die Sequestrationen (a), soferne sie nicht als ein zum Vortheil des Schuldners mit Partialzahlungen verbundenes Exekutionsmittel erscheinen. Vom römischen Sequester, der durch übereinstimmenden Willen der Interessenten entstand, und die Natur eines Depositums (b) hatte, sind die heutigen Sequestrationen wesentlich verschieden, welches besonders daraus sichtbar ist, daß keine gerichtliche Sequestration den Civilbesitz aufhebt (c). Da Sequestrationen als Exekutionsmittel nichts Provisorisches bezielen, vielmehr zur Schonung des Schuldners gereichen, damit er theils durch strengere Oekonomie, theils durch Partialzahlungen (d) von seinem Untergang gerettet werde, so ist hier nur von Sequestrationen als Sicherheitsmitteln zu handeln.

a) Trendelenburg Exerc. de sequestratione curatius finienda Bützow 1775. Gönner Hdb. B. IV. Abh. 80.

b) L. 1. §. 37. L. 5. §. 1. D. Depositi.

c) Zwischen L. 17. §. 1. D. depositi und L. 39. de adquir. v. amitt. poss. ist nur ein scheinbarer Widerspruch, der sich durch den Begriff des römischen Sequesters hebt. Wasmuth de sequestro non possidente. Hannov. 1748. Cocceji J. Contr. Lib. XVI. T. 3. q. 19. und Emminghaus das. Thl.

Thibaut über Besitz und Verjähr. Thl. 1. §. 9. Gönner a. a. O. §. 14.

d) Wie in Deutschland aus Veranlassung des J. R. A. §. 174. unter Beistimmung der Vernunft allgemein anerkannt ist. Von diesen Sequestrationen, welche allemal mit einer Administration verbunden sind, und auf Kosten des Schuldners geschehen, zu dessen Vortheil sie gereichen s. Gönner a. a. O. §. 10. u. ff.

§. 121.

Verschiedene Arten und Fälle der Sequestrationen.

Nimmt man die Eintheilung der Sequestrationen I. vom Objekte, so kann bald eine Person, bald eine Sache, und hier entweder das gesammte Vermögen oder Theile desselben, mit oder ohne Ausdehnung auf die Früchte ein Gegenstand derselben seyn. II. Siehet man auf den Grund einer Sequestration, so liegt er entweder A) in speciellen Bestimmungen der Gesetze für besondere Fälle (a), worunter auszuzeichnen sind 1) die Aufsicht über eine Weibsperson, von deren Zustand der Schwangerschaft Rechte abhängen (b), 2) bei Reclamirung der Kinder (c), 3) wenn sich mehrere um eine Braut streiten, und zu besorgen ist, daß sie sich zur Kränkung der Rechte eines Bräutigams mit einem andern fleischlich vermische (d): 4) bei streitigem Besitze 5) bei unmittelbarem Staatsschutz für Blödsinnige, Verschwender u. dgl. 6) bei einem Concurse der Gläubiger: oder er ruhet B) in allgemeinen Grundsätzen über provisorische Verfügungen in der Anwendung auf Umstände, wo eine Sequestration zur Abwendung der Gefahr besonders zwekmäßig erscheinet. Die Fälle der ersten Classe werden ihren besonderen gesetzlichen Bestimmungen überlassen, die Fälle der letzten Art sind hier zu behandeln.

a)

a) Man sehe hievon Gönner a. a. O. §. 4-8.

b) t. t. D. de inspiciendo ventre custodiendoque partu.

c) L. 3. §. 4. de liberis exhibendis.

d) cap. 14. X. de Sponsal.

§. 122.

Grundsätze von Sequestrationen.

Sequestrationen sind der höchste Grad von Beschränkung der dem Besitzer zustehenden Rechte, und schon dieser Gesichtspunkt rechtfertiget die gesetzliche Verordnung (a), welche die Sequestrationen nur Ausnahmsweise, und nur da zuläßt, wo in ihnen das einzig schikliche Mittel zur Abwendung einer Gefahr liegt. Neben den allgemeinen Sätzen von provisorischen Verfügungen (§. 118.) ist über Sequestrationen insbesondere zu bemerken: 1) Je nachdem die Gefahr nur die Hauptsache, oder nur die Früchte betrift, kann die Sequestration auch nur auf jene oder diese verhängt werden, und es fällt in die Begriffe, daß bei Kapitalien oder Grundstücken eine Sequestration der Früchte lästiger wird, als wenn sie die Hauptsache afficirt, aber doch dem Besitzer die Früchte überläßt. 2) Insbesondere ist bei beweglichen Sachen Sequestration der Sache selbst gewöhnlicher, als bei unbeweglichen. 3) Sequestration der Früchte kann blos darum, weil der Besitzer wahrscheinlicherweise zu ihrem Ersatz zu verurtheilen seyn wird, und wegen ihnen keine Sicherheit bestellen kann, nicht verhängt werden (b), wenn nicht entweder eine Prodigalität des Besitzers sie rechtfertiget, oder die Cautionsleistung bei einem nichtsuspensiven

ven Rechtsmittel die Bedingung der Exekution ausmacht (c).

a) L. un. C. de prohibita sequestrat. pecun. cap. 1. X. de sequestrat. possess. et fructuum.

b) Wie Claproth summar. Proz. §. 112. irrig behauptet.

c) cap. 2. u. 3. X. de sequestr. poss. et fruct. fordert ein „Dissipare„; man vergl. L. 21. §. 3. D. de appellat. Cramer Obs. Jur. Univers. Tom. IV. obs. 1141. Gönner a. a. O. §. 9.

Dreizehentes Hauptstück.

Von dem Kriegsprozeß.

§. 123.

Kriegsprozeß.

Der Kriegsprozeß ist die, in vor die Kriegsgerichte gehörigen, und diesen unterworfene Personen betreffenden Rechtsstreitigkeiten übliche Verfahrungsart. Möglichste Beschleunigung ist hier das erste Gesez, es werden daher, mit Beiseitsetzung aller Förmlichkeiten, nur die wesentlichen Bestandtheile eines jeden gerichtlichen Verfahrens beobachtet (a).

a) Karl Gottlieb Knorr Gründliche Anleitung zum Kriegsprozeß. Halle 1754. Hauptst. V. §. 1. Mevius P. VIII. Decis. 92. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1731.

§. 124.

Gesetze, die den Kriegsgerichten zur Norm dienen.

Bei der Behandlungsart sowohl als Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten haben die Kriegsgerichte I. vor allen Dingen auf die besonderen Kriegsartikel, und andere den Soldatenstand betreffende Gesetze, Statuten, Privilegien, Gewohnheiten eines jeden einzelnen Landes Rücksicht zu nehmen (a): II. eben so, wenn von

Reichs-

Reichstruppen die Rede ist, die einschlagenden Reichsgesetze, wie auch Kreisschlüsse und andere gültige Verordnungen der Art zu befolgen (b): III. in Ermangelung solcher besonderen Entscheidungsquellen aber endlich nach den besonderen Orts-Landesgesetzen, Statuten und Gewohnheiten, wie auch den allgemeinen Reichsrechten zu sprechen (c).

a) Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. IV. §. 1-5. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. VIII. §. 1-4.

b) Die ältesten Reichskriegsgesetze sind unter Maximilian dem IIten auf dem Reichstag zu Speier 1570 verfertiget, nachher aber durch den Reichsabschied von 1641. verbessert worden. In der Folge sind auf dem Reichstag zu Regensburg 1672. neue Gesetze wieder gemacht, sodann im Jahr 1682. verbessert und vermehret, und im Jahr 1703. wiederholt bestätiget worden. Sieh. Joh. Christ. Lünig Corpus juris militaris des H. R. Reichs. II. Theile. Leipz. 1723. (Auch diese Reichsgesetze reden nur von der Reichsarmee, und es giebt nicht eigentlich einen gemeinen deutschen Kriegsprozeß. Martin Lehrb. §. 282.)

c) Knorr a. a. O. §. 5-8. Ludovici a. a. O. §. 4. 5. Georg Friedrich Müller Das Kriegs- oder Soldatenrecht. Berlin 1789. Band I. Thl. I. Kap. I. §. 3. folg. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1732. Vergl. noch: Joh. Heinr. Beermanns Grundsätze des heutigen deutschen Kriegsrechts. Ersten Theils erste Abtheilung. Ersten Theils zweite Abtheilung. Lemgo 1795.

§. 125.

Verfassung der Kriegsgerichte.

Die innere Verfassung und Einrichtung der Kriegsgerichte, die Art ihrer Besetzung, ihre Unterordnung unter einander, die ihnen anvertraute Geschäftszweige,

die Gränzen ihrer Gewalt — — das alles ist in den einzelnen teutschen Provinzen so verschieden bestimmt, daß sich etwas allgemeines darüber durchaus nicht angeben lässet. So hat man General- Ober- Unter- Garnisons- Regiments- Geistliche- Bürgerliche- Peinliche- Ordentliche- und Ausserordentliche- Kriegsgerichte — Nach der Verfassung eines jeden Landes muß man daher hierüber mit vorzüglicher Sorgfalt sich erkundigen (a).

a) Knorr Anleitnng zum Kriegsprozeß. Hauptstück I. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1734. 1754. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. I. V. VI. Joh. Gottl. Laurentius Abhandlung von den Kriegsgerichten der alten Teutschen, besonders in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit, von den ältesten Zeiten bis zu dem zehnten Jahrhundert. Gotha 1753. Derselbe Gründliche Abhandlung von der Kriegsgerichtsbarkeit in peinlichen Fällen. Gotha 1742 Derselbe Abhandlung von den Kriegsgerichten zu unsern Zeiten, besonders in Ansehung der peinlichen Gerichtsbarkeit. Altenb. 1757. Pufendorf Tom. IV. Obs. 128.

§. 126.

Personen, die den Kriegsgerichten unterworfen sind.

Nicht nur wirkliche Soldaten, die in die Rolle eingeschrieben sind und zu der Fahne geschworen haben, nebst Weibern, Kindern und andern zu ihren Familien gehörigen Personen, sondern auch alle diejenige, die der Armee, oder dem Regimente folgen, z. B. Auditeurs, Sekretäre, Kommissarien, Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Marquetender, Kaufleute, Pferdehändler, alles was zu dem Troß und Bagage gehöret u. s. w. stehen unter den Kriegsgerichten (a). Selbst blos geworbene

worbene Soldaten, die noch nicht in die Rolle eingeschrieben sind, auch zu der Fahne noch nicht geschworen haben, werden, nach dem gemeineren Gerichtsbrauche, dieses befreieten Gerichtsstandes schon theilhaftig geachtet (b). Diejenigen, die zu der Landmiliz gehören, sind, wenn sie nicht wirklich in dem Dienste sich befinden, in den meisten Ländern ihrer ordentlichen Obrigkeit unterworfen (c). Die Feldprediger müssen bei den Evangelischen gewöhnlich die Kriegsgerichte über sich erkennen, bei den Katholiken hingegen werden ihre Rechtsangelegenheiten an den ordentlichen geistlichen Richter verwiesen (d). Daß endlich mit dem Augenblick, wo einer aus den Verhältnissen, in welchen er mit dem Soldatenstand sich befand, tritt, auch sein befreiter Gerichtsstand wegfällt, ist vor sich klar (e).

a) Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptstück II. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. II. §. 1-10. Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band I. Thl. I. Kap. 4. 9.

b) Ludovici a. a. O §. 10.

c) Derselbe a. a. O. §. 13-16.

d) Derselbe a. a. O. §. 16-25. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 35.

e) Ludovici a. a. O. §. 26. Mevius P. III Decis. 72. P. IV. Dec. 273. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 34. 36.

§. 127.

Sachen, die vor die Kriegsgerichte gehören.

Alle bürgerliche Rechtssachen den Kriegsgerichten unterworfener Personen gehören, wenn nicht durch Landesgesetze besondere Bestimmungen gemacht sind, vor

vor jene (a). Eben so ist es ausser Zweifel, daß die Untersuchung und Bestrafung derjenigen Verbrechen, welche die Soldaten als solche begehen (delicta militaria) den Kriegsgerichten ausschließlich zustehen (b). Ob aber auch solche Verbrechen, die mit den besonderen Verhältnissen des Soldaten, und den vermöge seines Standes übernommenen Verbindlichkeiten nicht nothwendig zusammenhängen, sondern auch von andern begangen werden können, (delicta communia), vor die Kriegsgerichte gezogen werden dürfen, darüber lassen sich bei der so sehr abweichenden Verfassung der einzelnen Länder, allgemeine Grundsätze unmöglich aufstellen (c). Die Frage endlich, ob auch in geistlichen und Ehesachen Kriegsgerichte zu erkennen befugt seyen, kann bei den Katholiken, weil bei diesen der ordentliche geistliche Richter nicht ausgeschlossen werden darf, nicht vorkommen. Bei den Evangelischen aber ist auch hierin die Verfassung der einzelnen Länder verschieden, indem dergleichen Sachen bald an die ordentlichen Konsistorien gewiesen, bald den gewöhnlichen Kriegsgerichten anvertrauet, bald besonders niedergesetzten Kriegskonsistorien überlassen sind (d).

a) Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptstück III. §. 10. 11. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. III. §. 4-8. 14. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1757.

b) Ludovici a. a. O. §. 8. 9. Knorr a. a. O. §. 12. 13. Ge. Jac. Frid. Meister Principia juris criminalis. §. 104.

c) Ludovici a. a. O. §. 10-14. Knorr a. a. O. §. 13. 14. Leyser Spec. 75. M. 9 10. von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. XXIX. Abhandl. 7. S. 108. folg. Hofmann a. a. O. §. 1754. 1759. 1760. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 28.

d) Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 2. Kap. 2. §. 3. S. 80. folg. Kap. 3. S. 133 folg. Car. Aug. Boehmer Tr. de jure militum ecclesiastico. Hal. 1729. Knorr a. a. O. §. 2-10. Ludovici a. a. O. Kap. II. §. 16-25. Kap. III. §. 2. 3. Johann Georg Bertoch Das besondere Recht in Ehe- und Schwängerungssachen der Soldaten. Zittau 1729.

§. 128.

Verfahrungsart in bürgerlichen Sachen.

Der Kriegsprozeß ist eine ausserordentliche Prozeßgattung, bei welcher alle Förmlichkeiten wegfallen. Es wird mithin I. gar häufig ein blos mündliches Verfahren der Partien zum Protocoll, dem die richterliche Entscheidung sogleich nachfolget, eingeschlagen. II. Nur in wichtigen Sachen gestattet man den streitenden Theilen schriftliche Verhandlungen. Ein förmliches Klageschreiben wird jedoch auch in diesem Falle nicht erfordert, sondern eine jede Erklärung, woraus die Absicht des Imploranten, und der Grund derselben erhellet, reichet schon zu. III. Wenn der Gegenstand des Streites nicht sehr beträchtlich ist, oder der Stand der Partien ein anders mit sich bringet; so geschiehet die Ladung blos mündlich, durch den Gerichtswebel, oder, in dessen Ermangelung, durch einen Unterofficier, oder gemeinen Soldaten. In jedem Falle aber ist, die Ladung mag nun eine mündliche, oder schriftliche seyn, die anzuberaumende Frist möglichst zu beschränken. IV. Zwischen den erschienenen Partien versuchet der Richter vor allen Dingen die Güte, schläget diese nicht an; so muß der Beklagte auf die wider ihn angebrachte Klage antworten. Als verzögerliche können nur solche Schuzreden eingewendet werden, die das Wesen

des Prozesses betreffen; eine förmliche Kriegsbefestigung ist nicht nothwendig, und die zerstörlichen Einreden dürfen zu allen Zeiten, selbst noch bei der Hülfsvollstreckung vorgeschützet werden (a). V. Wird Beweisführung nothwendig; so umgehet man auch hier alle Weitläufigkeiten, lässet Artikel und Fragestücke nur in wichtigen Sachen zu, gestattet keine Handlungen der Partien über die Kraft und Stärke des geführten Beweises, sondern der Richter prüfet diese und erkennet den Akten und Rechten gemäß. VI. Gegen die erlassene richterliche Entscheidung können zwar alle in den besonderen Landesgesetzen, oder gemeinen Rechten gegründete Rechtsmittel ergriffen werden, aber auf die Beobachtung der Nothfristen und Feierlichkeiten wird hier so genau nicht gesehen (b). VII. Die Vollstrekung des in die Rechtskraft übergegangenen richterlichen Erkenntnisses geschiehet unter der Leitung des Auditeurs zuerst in den beweglichen Sachen, dann auch in den unbeweglichen, zuletzt in dem Solde des Ueberwundenen, so jedoch, daß diesem so viel gelassen werden muß, als sein nothdürftiger Unterhalt heischet (c).

a) L. 1. C. de Jur. et facti ignorantia.

b) Mevius P. I. Decis. 150. Leyser Spec. 57. M. 4. 5. Vergl. jedoch L. 20. §. 2. D. de appellation. L. 9. §. 1. D. de jur. et facti ignorantia.

c) L. 4. C. de executione rei judicatæ. L. 6. pr. L. 18. D. de re judicata. L. 3. §. 13. L. 14. §. 1. D. de militibus. Leyser Spec. 476. M. 1. 2. Ueberhaupt aber gehören noch hierher: Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. V. VI. VII. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1761-1775. Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 1. Kap. 4. S. 143. folg. Johann Friedrich Werther

ther Anleitung zum allgemeinen Kriegsrecht. Jena 1787. Kap. XXX. §. 456. folg. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. X. XII. Friederich Andreas Gottlieb Gnüge Gründliche Anleitung zum Kriegsrecht. Jena und Leipzig 1750. Buch III. Hauptst. 4. §. 739. folg. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 114. Not. f.

§. 129.

Verfahrungsart in peinlichen Sachen.
A) Ausserordentliche.

Geringere Vergehungen, besonders wenn sie die Dienstverhältnisse betreffen, werden als Disciplinsachen angesehen, und daher ohne vorgängige Untersuchung und förmliches Erkenntniß sogleich bestrafet. Auch dürfen nicht selten Inhalts der Kriegsartikel, oder besonders erlassener Befehle, vorzüglich in Kriegszeiten, gewisse Verbrechen von den dazu aufgestellten Personen auf der Stelle mit Leibes- oder wohl gar Lebensstrafen beleget werden. Ausserdem aber wird zuweilen die sonst in den peinlichen Kriegsgerichten übliche Verfahrungsart besonderer Gründe wegen nicht beobachtet, sondern ohne vorgängige vollständige Untersuchung mit möglichster Eile zu der Bestrafung geschritten — Dieß ist der Fall bei dem Standrechte — Als Ausnahme von der Regel tritt dieses unter folgenden Voraussetzungen ein: 1) Gefahr muß auf dem Verzuge haften, und eine schleunige Strafe nothwendig seyn, um einem größeren Uebel vorzubeugen. 2) Das Verbrechen darf kein übernachtetes, das heißt, es dürfen nicht vier und zwanzig Stunden nach Begehung desselben verstrichen seyn. 3) Die Richtigkeit des wirklich begangenen Verbrechens muß ausser Zweifel gesetzet,

mithin weitere umständliche Untersuchung und Beweis nicht nothwendig seyn. 4) Das in Frage stehende Verbrechen endlich muß zu denjenigen gehören, die nach den Kriegsartikeln diese ausserordentliche Verfahrungsart zulassen — Diese aber ist folgende: der Auditeur eröffnet den versammelten, in einem Kreise stehenden Gerichtspersonen die Ursach ihrer Zusammenberufung, alle schwören sodann den gewöhnlichen Richtereid, und der Auditeur rufet, diesem vorgängig, aus — Wer ist, der Recht begehret? — Hierauf nähert sich der Provos mit dem Delinquenten dem Kreise, beide treten in diesen ein, jener bringet seine Anklage vor, dieser wird mit seiner Verantwortung, so weit es zu Untersuchung der That nothwendig ist, gehöret, und beide werden sodann aus dem Kreise wieder entlassen. Der Auditeur träget nun dem Gerichte den Fall mit allen Umständen noch einmal vor, bemerket die in den Kriegsartikeln auf das vorliegende Verbrechen gesezte Strafe, und fordert die Gerichtsglieder zu Fällung eines Urtheils auf. Diese treten sodann Klassenweis zusammen, rathschlagen über die zu gebende Stimme, machen solche, wenn sie sich darüber vereiniget haben, dem Auditeur bekannt, welcher dieselben sich bemerket, diejenige des Präses, und seine eigene hinzusetzet, und sodann nach der Einstimmigkeit, oder Mehrheit der abgegebenen Stimmen das Urtheil angiebt. So bald dieses zu Papier gebracht, dem Befehlshaber, der das Standrecht veranlasset hat, kund gemacht und sofort genehmiget worden, säumet man, ohne alle Rücksicht auf die etwa eingelegte Berufung, mit der Eröffnung der Vollstreckung nicht mehr (a).

a) Gnüge Anleitung zum Kriegsrecht. Buch III. Hauptst. 2. §. 714. folg. Hofmann Teutsche Reichspraxis.

praxis Thl. II. §. 1810. folg. Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. I. §. 17. 18. Hauptst. VIII. Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 2. Kap. 4. S. 159. Kap. 5. S. 241. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. VII. Werther Anleitung zum Kriegsrecht. Kap. XXXII. §. 579. folg.

§. 130.

B) Ordentliche.

Der in Kriegsgerichten an einigen Orten übliche peinliche Anklageprozeß hat folgende Eigenheiten: 1) die Anklage bringet entweder eine Privatperson freiwillig, oder derjenige, den sein Amt dazu verpflichtet, vor. Der leztere ist bei Oberkriegsgerichten gewöhnlich entweder der Generalgewaltige oder Kriegsfiskal, bei Unterkriegsgerichten aber der Regimentsgewaltige, oder Gerichtswebel. 2) Die Termine zu Einbringung der Vernehmlassungen, wie auch zu Führung des allenfalls nöthigen Beweises werden so viel möglich abkürzet. 3) Advokaten und Sachwalter werden in vielen Ländern gar nicht zugelassen, sondern der Ankläger und Angeklagte handeln gewöhnlich mündlich, zuweilen schriftlich in einigen Sätzen gegen einander, und so bald die Akten zum Spruche reif sind, wird dem kommandirenden General, oder dem Kommandeur des Regiments in der Absicht davon Nachricht ertheilet, um nunmehro ein förmliches Malefizgericht niederzusetzen. Giebt man aber auch dem Angeklagten einen Vertreter bei; so muß dieser doch möglichste Kürze vorzüglich sich angelegen seyn lassen, und alle Weitläufigkeiten, und ausserwesentliche Feierlichkeiten umgehen. 4) Die Art der Abfassung des Urtheils, der Eröffnung und Voll-

strecking

streckung desselben kommt mit der in dem Untersuchungsprozeß herkömmlichen überein (a)

a) Werther Anleitung zum allgemeinen Kriegsrechte. Kap. XXXI. §. 525 = 540. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1781. 1792. 1793. 1794. 1796. Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. IX.

§. 131.

Fortsetzung.

So wie überhaupt bei allen Kriegsgerichten die Leitung des Prozesses dem Auditeur oblieget, so ist es auch vorzüglich seine Pflicht, bei den vorkommenden peinlichen Untersuchungsprozessen die Erforschung der Wahrheit durch zwekmäßiges Verfahren sich angelegen seyn zu lassen. Folgende Regeln müssen ihm dabei zur Norm dienen: 1) er ist nicht selbst Richter, kann daher für sich nichts thun, sondern muß in allen Fällen, es mag nun von Verhängung der Inquisition, oder von Anlegung des Arrestes, oder von Besichtigungen und Haussuchungen, oder von der Erlassung der Ediktalladung, oder von der Anordnung eines Kriegsrechts die Rede seyn, die Befehle seines Vorgesezten sich erbitten und abwarten. 2.) Die Abschneidung aller ausserwesentlichen Feierlichkeiten, wie auch aller Verzögerung muß er sich vorzüglich angelegen seyn lassen — Die Verfahrungsart selbst kommt mit der in anderen Gerichten üblichen im wesentlichen fast durchaus überein, und hat nur folgende Eigenheiten: 1.) mit der Kaptur, oder Arrestanlegung verfährt man hier leichter, als bei andern Gerichten. 2.) Die Ediktalladungen werden nicht öffentlich angeschlagen, sondern

dern mündlich unter Trommelschlag und Trompetenschall verkündet. 3) Gegen flüchtig gewordene Verbrecher, deren man nicht habhaft werden kann, wird ein Kriegsgericht niedergesezet, und wenn die Sache nach Möglichkeit nothdürftig untersuchet ist, die eintretende Strafe an dem Bildniß, oder Namen des Entwichenen vollstreket. 4.) Zu den mit dem anwesenden Verbrecher anzustellenden Verhören werden einige Beisizer gezogen, bei deren Wahl auf den Stand des Beschuldigten Rüksicht zu nehmen ist. 5) Besondere Vertheidiger werden in manchen Ländern gar nicht, oder doch nur, wenn von sehr schweren Verbrechen die Rede ist, zugelassen, und in allen Fällen vermeidet man nach Möglichkeit alle Verzögerung und Weitläufigkeit. 6.) So bald die Untersuchung so weit gediehen ist, daß ein richterliches Erkenntniß erfolgen kann, werden die verhandelten Akten dem kommandirenden General, oder dem Kommandeur des Regiments zugestellet, um ein förmliches Kriegsrecht nun niederzusezen. 7) Den erschienenen Gerichtsgliedern eröffnet der Präsident, oder Auditeur die Ursach ihrer Zusammenberufung, und alle schwören den gewöhnlichen Richtereid. Der Auditeur macht sodann einen umständlichen Vortrag über den in Frage stehenden Fall, füget an, wie das Verbrechen nach den Gesezen allenfalls zu bestrafen seyn dürfte, hält dem hierauf vorgeführten Missethäter sein Verbrechen nochmals vor, befraget ihn, ob er solches begangen, was er zu seiner Entschuldigung noch anzuführen wisse, und ob er gegen das eine, oder das andere der Gerichtsglieder etwas zu erinnern habe, und ersuchet sodann, diesem vorgängig, und nachdem der Inquisit wieder abgeführet worden, die leztere mittelst Abgebnng ihrer Stimmen sich eines Urthels zu vergleichen.

gleichen. 8) Die Beisizer treten hierauf ab, bereden sich Klassenweis über die von ihnen zu gebende Stimmen, und legen sodann diese, gewöhnlich von unten hinauf, unter Anführung der Gründe ab. 9) Findet der Auditeur, daß ein gegebenes Votum den Rechten nicht gemäß ist; so muß er die Votanten nochmals über die Beschaffenheit des in Frage stehenden Verbrechens sowohl, als auch über die darauf passende gesezliche Verordnungen belehren; wenn dieselbe aber nichts desto weniger dabei beharren, solches niederschreiben, und kann zu seiner Sicherheit nur allenfalls bemerken, daß die von ihm dagegen gemachte Vorstellungen fruchtlos gewesen seyen. 10) Nach der Einmüthigkeit, oder Mehrheit der Stimmen (a) fasset der Auditeur, mit Beisezung der wichtigsten Entscheidungs- auch allenfalls Zweifelsgründe, das Urthel ab, lieset solches dem versammelten Gerichte vor, und bedanket sich sodann gegen den Präsidenten und die Beisizer wegen des übernommenen Richteramtes. 11) Ist die zuerkannte Strafe eine Lebens oder schwere Leibesstrafe, oder gehet dieselbe auf den Verlust der Ehre; so muß das gefällte Urthel dem Oberen, der nach der verschiedenen Verfassung und den übrigen Verhältnissen bald der Kriegsherr, bald der kommandirende General, bald, ein anderer Vorgesezter seyn kann, zur Bestätigung eingeschickt werden. 12.) Erst wann diese erfolget ist, wird endlich auf die herkömmliche Weise zu der Vollstrekung geschritten (b).

a) In dem Fall der Stimmengleichheit ist diejenige des Präsidenten entscheidend.

b) Werther Anleitung zum allgemeinen Kriegsrechte. Kap. XXXI. §. 540-579. Günge Anleitung zum Kriegs-

Kriegsrecht. Hauptst. V. § 796. folg. Knorr Anleitung zum Kriegsprozeß. Hauptst. X. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1782-1792. 1793-1810. Ludovici Einleitung zum Kriegsprozeß. Kap. XI. Müller Kriegs- oder Soldatenrecht. Band II. Thl. 2. Kap. 5. 6. Sieh. noch Karl Fried. Wilh. Zinkens Anleitung zur Kriegsrechtsgelahrtheit, von Eisenhart aufs neue herausgegeben. Helmstädt 1782.

Vierzehentes Hauptstück.

Von dem Konsistorialprozeß.

§. 132.

Konsistorialprozeß.

Der Konsistorialprozeß im allgemeinen ist die, in vor die evangelische geistliche Gerichte gehörigen, oder diesen unterworfene Personen betreffenden Rechtsstreitigkeiten übliche Verfahrungsart Bei den Katholiken sind der geistlichen Gerichte so viele, ihre Verhältnisse, Unterordnung unter einander, ihre ganze innere Verfassung und Einrichtung sind so mannigfaltig, und eben deßwegen ist auch die bei ihnen herkömmliche Verfahrungsart so abweichend, daß man allgemeine Regeln nicht wohl angeben kann. Die Evangelischen hingegen haben gewöhnlich keine andere geistlichen Gerichte, als ihre Konsistorien, und wenn gleich auch die Verfassung dieser in den einzelnen Provinzen sehr verschieden ist so kommt doch die bei ihnen übliche Verfahrungsart

art in den wesentlichen Stüken so ziemlich überein, und eben daraus erhellet der Grund, warum die leztere den Namen — Konsistorialprozeß — führet (a).

a) Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 869 = 872. Ueber den Ursprung der Konsistorien sieh. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. II. Ge. Lud. Boehmer Princ. jur. canon. §. 177 Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Protest. Lib. I. Tit. 28. §. 11-17. Pufendorf Tom. I. Obs. 166. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1340 = 1354. Sieh. auch unten §. 136. und Schnaubert Grundsäze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland. Jena 1792. §. 127 = 133. und 378 = 381.

§. 133.

Verfassung der Konsistorien.

Besondere Verträge zwischen den Landesherrn und ihren Landständen und Unterthanen, wie auch der Besizstand des Entscheidjahres, der den evangelischen Unterthanen katholischer Landesherrn nicht selten zu statten kommt, machen die Niedersezung eines Konsistoriums häufig nothwendig (a). Ausser diesen beiden Fällen hingegen lässet sich keineswegs behaupten, daß evangelische Landesherrn gezwungen werden könnten, Konsistorien zu errichten (b), es hänget vielmehr von ihnen ab, wem sie die Verwaltung der geistlichen und Kirchensachen anvertrauen wollen, und eben deßwegen kann man über die Besezungsart der Konsistorien, ob sie nämlich aus geistlichen und weltlichen, oder blos aus weltlichen Gliedern bestehen (c); deßgleichen über die Gränzen der ihnen überlassenen Geschäfte und Gewalt (d); wie auch über ihre Unterordnung unter einander (e); oder ihre Verhältnisse gegen die übrigen

höheren Gerichtsstellen im Lande (f) allgemeine Grundsäze, die in allen einzelnen deutschen Provinzen anwendbar wären, nicht aufstellen — So wie übrigens die weltliche Gerichtsbarkeit auch in die Hände von Privatpersonen kommen kann, eben so muß dieses nicht minder in Ansehung der geistlichen statt finden (g).

a) I. P. O. Art. V. §. 31. §. 48. Art. VII. §. 1. Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. §. 198. seq. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. I. §. 1339. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. I. Tit. 28. §. 25. 43. 46. Struben Nebenstunden. Thl. II. Abhandl. 6. Thl. III. Abhandl. 15.

b) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 17-25. Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 178. seq. Mevius P. III. Decis. 415. Pufendorf Tom. III. Obs. 97. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. II. §. 11. folg

c) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 30-38. Mevius P. IV. Decis. 1. Ludovici a. a. O. Kap. III. §. 1-11.

d) Just. Hen. Boehmer l. c. §. 44. 45. 47-53. Mevius P. III. Decis. 257.

e) In einigen Ländern sind Unter- und Oberkonsistorien.

f) Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 181. Just. Hen. Boehmer l. c. §. 38-42. §. 53-57. Ludovici a. a. O. Kap. III. §. 11-23. Hofmann a. a. O. §. 1334-1339. §. 1354.

g) Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 178. Just. Hen. Boehmer l. c. §. 27-30.

§. 134.

Geseze, die den Konsistorien zur Norm dienen.

Bei der Entscheidung sowohl, als Behandlungsart der den Konsistorien vorkommenden Rechtsstreitigkeiten

keiten macht 1) das positive göttliche Recht die erste Entscheidungsquelle aus. Dann muß 2) auf die einheimische teutsche Reichsgeseze, allgemeine wohlhergebrachte Gewohnheiten, und besondere geistliche, oder weltliche Verordnungen einzelner Länder und Städte Rüksicht genommen werden. 3) Auch das kanonische Recht findet in all den Fällen, wo die Grundsäze der katholischen und evangelischen Kirche mit einander übereinstimmen, oder durch neuere Geseze keine Aenderung gemacht worden ist, volle Anwendung. Eben so lässet sich 4) die Anwendbarkeit des römischen Rechts mit Gründen nicht bezweifeln. Bieten endlich 5) alle diese Entscheidungsquellen nichts dar so muß das Naturrecht zu Hülfe genommen werden (a).

a) Aug. Lud. Schott Einleitung in das Eherecht. Nürnberg. 1786. §. 46. folg. Dan. Nettelbladt Abhandl. von den wahren Gründen des protestantischen Kirchenrechts. Halle 1783. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. VII. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland. §. 60-71.

§. 135.

Personen, die den Konsistorien unterworfen sind, und Sachen, die vor dieselben gehören.

Die Gerichtsbarkeit der Konsistorien begründet entweder die Natur des Gegenstandes des Rechtsstreites selbst, oder die Beschaffenheit der streitenden Theile. In der lezteren Hinsicht gilt in den meisten Ländern die Regel: daß die Geistlichen in allen bürgerlichen persönlichen Sachen, in allen geringen Vergehungen, und in allen Verbrechen, deren sie sich als Geistliche schuldig machen, von der weltlichen Gerichtsbarkeit

durch-

durchaus befreiet sind, und nur die über sie gesezten Konsistorien für zuständig erkennen (a). In der ersteren Rüksicht aber muß alles, was nach dem kanonischen Recht als Kirchensache angesehen wird, auch in der protestantischen Kirche in der Maße dafür geachtet werden, daß die Evangelischen in solchen Sachen keinen andern Richter, als ihre Kirche, und keine andere Richtschnur, als die Grundsäze ihrer Kirche, zu erkennen haben. Und wenn gleich die Verfassung und Eichrichtung der Konsistorien in den verschiedenen teutschen Provinzen gar sehr abweichet, wenn gleich dieselben nicht selten aus blos weltlichen Personen bestehen (§. 133.) so ändert doch dieß die Geistlichkeit der Sachen selbst nicht (b). Eben aus diesem Grunde machen die Ehesachen, in so ferne von Eingehung, Festhaltung, oder Trennung, also von dem Wesen der Ehe die Rede ist, gewöhnlich einen vorzüglichen Geschäftszweig der Konsistorien aus (c).

a) Meine Grundsätze ꝛc. §. 35. Ludovici Einleitung zum Consistorialprozeß. Kap. V. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1355-1363.

b) Pütter Institut. jur. publ. german. §. 426. Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. §. 240. 241. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 11. §. 14-33. Ludovici a. a. O. Kap. VI. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland. §. 104-112.

c) Ge. Lud. Boehmer l. c. §. 340. seq. Aug. Lud. Schott Einleitung in das Eherecht. Nürnberg. 1786. §. 34-46. Christ. Christ. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der deutschen Christen. Halle 1792. §. 16-22.

§. 136.

Verschiedene Arten des Konsistorialprozeßes.

Die den Konsistorien vorkommende weltliche Sachen der ihnen unterworfenen Personen haben in ihrer Behandlungsart nichts eigenes, müssen vielmehr nach den allgemeinen Regeln des ordentlichen, oder summarischen Prozesses behandelt werden (a). Alle bei den Konsistorien vorkommende geistliche Sachen hingegen werden summarisch verhandelt (b), und eben deßwegen führet die bei diesen übliche Verfahrungsart den Namen — Konsistorialprozeß im eigentlichen Sinne — Weil jedoch in dem lezteren Falle entweder von Ehesachen, oder von andern geistlichen und Kirchensachen die Rede seyn kann so verdienet die weitere Abtheilung in den Eheprozeß und den gemeinen Konsistorialprozeß allerdings noch angemerket zu werden.

a) Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 2. §. 2. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. VIII. §. 5. Kap. IX. §. 2. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1363.

b) Clem. 2. de judic. Ludovici a. a. O. Kap. VIII. §. 2. Knorr a. a. O. §. 1. Mevius P. III. Decis. 217. Brunnemann Jus eccl. Lib. III. Cap. 11. §. 1. seq. Carpzov P. IV. Const. 23. Def. 14.

§. 137.

Gemeiner Konsistorialprozeß.

Der gemeine Konsistorialprozeß kommt mit dem unbestimmten summarischen fast ganz überein, folgende wenige Bemerkungen werden daher hinreichend seyn: 1.) ein förmliches Klageschreiben ist nicht nothwendig, und bei vielen Konsistorien ist es sogar erlaubt, alles münd-

mündlich zu verhandeln (a). 2.) Gewöhnlich werden die Ladungen schriftlich abgefasset, enthalten nur kurze Fristen, und die Einhändigung derselben geschiehet in der Regel durch den ganzen, den Konsistorien angewiesenen Gerichtssprengel unmittelbar, ohne das eine besondere Ersuchung der gewöhnlichen, ordentlichen Obrigkeiten nothwendig wäre (b). 3.) So wie der Richter überhaupt berechtiget ist aus rechtmäßigen Ursachen einer Partie aufzugeben, daß sie in Person, oder allein ohne einen Fürsprecher erscheinen soll, so kann auch den Konsistorien diese Befugniß nicht abgesprochen werden (c). 4.) Ausser den in andern Prozeßarten üblichen Strafen des Ungehorsams (d) wird hier zuweilen auf Einsezung in die Güter, Sequestrirung der Einkünften, auch Geldstrafen erkannt (e). 5) Die Sicherheitsbestellung von Seiten des Klägers der Kosten und Wiederklage wegen kann auch hier, wenn alle übrigen Erfordernisse eintreten, nothwendig werden (f). 6) Von verzögerlichen Einreden werden nur diejenigen zugelassen, die das Wesen des Prozesses betreffen (g), eine förmliche Kriegsbefestigung wird nicht als nothwendig erfordert, und alle an sich zuläßige zerstörliche Schuzreden finden auch hier statt (h). 7) Förmlicher, feierlicher Beweis wird nicht geführet, sondern an nothdürftiger Bescheinigung genüget es schon (i). Alle sonst an sich zuläßige Beweismittel übrigens können auch hier gebrauchet werden, und wenn eine Partie Geistliche als Zeugen aufführet; so sind diese die Leistung des Zeugeneides zu verweigern nicht berechtiget (k). 8) Ueber die Kraft und Stärke des geführten Beweises wird den Partien ein kurzes Verfahren gestattet. (l) 9) In Ansehung der Rechtsmittel gegen die richterlichen Erkenntnisse, und der Unterordnung der Kon-

sistorien

sistorien unter einander, oder ihrer Verhältnisse gegen andere Gerichtsstellen im Lande, müssen die besondere Landes- und Ortsverfassungen in den einzelnen Provinzen die nöthige Aufklärung geben (§. 101.) (m). 10.) Die Vollstrekung der in die Rechtskraft übergegangenen richterlichen Entscheidungen endlich ordnen die meisten Konsistorien ausserhalb Sachsen auch unmittelbar selbst an (n).

a) Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 8. §. 3. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. IX. §. 3. 8.

b) Knorr a. a. O. §. 4. 5. Brunnemann Jus ecclesiast. Lib. III. Cap. 2. §. 11. Ludovici a. a. O. Kap. X. §. 2-10. Gribner Princip. process. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 2. Berger Electa processus matrimonialis. §. 13. 14. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 114. Note f.

c) Brunnemann l. c. §. 13. Gribner l. c. §. 3. Berger l. c. §. 16. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 43. 44. 112. 150. (Sogar macht bei Konsistorien in Sponsalien- oder Ehesachen die persönliche Erscheinung eine Art von Censura ecclesiastica aus, und giebt ihr einen Charakter, den sie in andern bürgerlichen Prozessen nicht an sich trägt.)

d) Sieh. Meine Grundsätze rc. §. 454. folg.

e) Brunnemann l. c. §. 18. 19. 20. Ludovici a. a. O. Kap. XI. §. 5-8.

f) Schilter Exercitat. ad Pand. Exerc. VII. Th. 16. Knorr a. a. O. §. 8. Berger l. c. §. 21. 22. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1373. Gribner l. c. §. 5. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 464.

g) Ludovici a. a. O. Kap. XII. Brunnemann l. c. Cap. III. §. 2.

h) Ludovici a. a. O. Kap. XIII. Brunnemann l. c. Cap. VII. §. 8. seq.

i) Ludovici a. a. O. Kap. XIV. §. 2.

k) Derselbe a. a. O. §. 9. Schilter Exercitat. XXIII. Th. 32. Hofmann a. a. O. §. 1375. Vergl. Meine Grundsäze rc. §. 310.

l) Ludovici a. a. O. §. 10. Hofmann a. a. O. §. 1376. Brunnemann l. c. Cap. IV. §. 21.

m) Ludovici a. a. O. Kap. XVIII. Hofmann a. a. O. §. 1378-1381. Brunnemann l. c. Cap. X. Vergl. Meine Grundsäze rc. §. 418.

n) Ludovici a. a. O. Kap. XIX. Hofmann a. a. O. §. 1381. Brunnemann l. c. Cap. XI.

§. 138.

Eheprozeß.

Im Ganzen genommen sind zwar die Grundsäze des unbestimmten summarischen und des gemeinen Konsistorialprozesses auch bei dem Eheprozeß anwendbar; allein dieser hat doch manche erhebliche Eigenheiten, die besonders aufgezählet zu werden verdienen. 1) In mehreren Ländern werden artikulirte Libelle in Ehesachen noch zugelassen (a), und der Gebrauch der Sazstüke ist bei denselben nicht ausser Uebung (b). 2) Minderjährige und Weiber können hier allein, ohne ihre Vormünder gültig handeln (c). 3) Mit der blosen Bescheinigung ist man nicht zufrieden, sondern verlanget starken, vollständigen Beweis (d). 4) Auch Eltern, Geschwister, andere nahe anverwandte und Hausgenossen werden als Zeugen hier zugelassen, und verdienen besonders alsdann Glauben, wan von der Nähe der Verwandt- oder Schwägerschaft, und überhaupt von solchen Thatsachen die Rede ist, die Fremden nicht

wohl bekannt seyn können (e). 5) Wenn der Prozeß die Vollziehung der Ehe betrifft, oder die Aufrechthaltung der schon bestehenden Ehe bezweket, oder die Frage davon ist, ob die Ehe wirklich vollzogen sey, findet Eideszuschiebung allerdings statt. Auf der andern Seite hingegen kann dieselbe dann nicht für zuläßig geachtet werden, wann der Prozeß auf die Fortsezung der bereits vollzogenen Ehe gehet, und der Eid gegen die Ehe gerichtet ist, so daß wenn derselbe von demjenigen, welchem er zugeschoben worden, geschworen würde, die streitenden Theile, die bisher in einer gültigen Ehe gelebt, nun von einander getrennet werden müßten (f). 6) Eben so darf der Richter auf den Erfüllungseid nicht erkennen, wenn dessen Leistung die Trennung der Ehe nach sich ziehen würde. Der Statthaftigkeit des Reinigungseides aber stehet, wenn sonst alle Erfordernisse eintreten, nichts im Wege (g).

a) Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. IX. §. 5. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1370. Meine Grundsätze ꝛc. §. 64.

b) Ludovici a. a. O. §. 7. Brunnemann Jus ecclesiast. Lib. III. Cap. 4. §. 3. Mevius P. IV. Dec. 108. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 485.

c) c. 14. x. de restitut. spoliator. c. 3. de judic. in 6. L. 20. D. de ritu nuptiar. Brunnemann l. c. Cap. III. §. 1. Berger Electa process. matrimon. §. 17-21. Mevius P. IX. Dec. 16. Ludovici a. a. O. Kap. XII. §. 9. Das Gegentheil behauptet Pufendorf Tom. I. Obs. 11. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 40.

d) Ludovici a. a O. Kap. XIV. §. 3. Mevius P. IV. Dec. 108. No. 10.

e) c. 3. x. qui matrimon. accusare possunt. c. 10. x. de probat. Ludovici a. a. O. §. 4. Brunne-

nemann l. c. Cap. IV. §. 15. 16. Berger l. c. §. 30. Hofmann a. a. O. §. 1374. Pufendorf Tom. I. Obs. 15. 16.

f) Nettelbladt Anleitung zu der prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 875. Ludovici a. a. O. Kap. XV. §. 2-6. Berger l. c. §. 23-32. Schilter Exerc. XIII. Th. 13. 14. Brunnemann l. c. Cap. V. Leyser Spec. 135. M. 8. Gribner Princip. processf. judiciar. Lib. II. Cap. 3. §. 5. Wernher P. III. Obs. 216. Casp. Matth. Mueller Diss. de juramenti delatione contra matrimonium. Rost. 1708. Jo. Sam. Stryk Diss. de delatione juramenti in matrimonialibus. Hal. 1702. Diet. Herm. Kemmerich Pr. an juramenti delatio contra matrimonium locum habeat? Jen. 1740. Jo. Balth. Wernher Diss. de vi et efficacia juramentorum in confirmandis caussis matrimonialibus. Witteb. 1716. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 370. — Der allgemeine Grund ist, weil die Aufhebung der Ehe nicht von der Willkühr der Partien abhängen kann. c. 10. x. de transact. c. 7. x. de sentent. et re judic. Vergl. noch: Meister Praktische Bemerkungen. Thl. II. No. 3.

g) c. 34. x. de jurejur. c. 1. 4. 8. 10. 16. x. de purgat. canon. Ludovici a. a. O. §. 6-10. Berger l. c. §. 32-37. Brunnemann l. c. §. 5. seq. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 8. §. 11. 12. 13 14. — Auf die Vernachläßigung der anberaumten Frist zu der Erklärung über den zugeschobenen, oder auferlegten Eid, wird in den Ehesachen so genau nicht gesehen. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 373. und den vorher angeführten Ludovici a. a O. §. 10. und Berger l. c. §. 37. — Der allgemeine sowohl, als besondere Eid für Gefährde muß, nach Befinden der Umstände, auch in geistlichen Sachen geschworen werden. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 366. c. 2. x. de juram. calumn. und c. 1. §. 1. de juram. calumn. in 6. Ludovici a. a. O. §. 11. Brunnemann l. c. §. 14. seq.

§. 139.

Fortsetzung.

7) Das Unvermögen in Ansehung des ehelichen Beischlafes kann nicht wohl anders, als durch Besichtigung von Kunstverständigen erwiesen werden (a). Geben nun diese die Wirklichkeit des völligen, unheilbaren Unvermögens als gewiß und unbezweifelbar an, widerspricht auch der beschuldigte diesem nicht; so wird die Ehe für nichtig erkläret, und der unschuldige Theil hat die Freiheit, eine andere einzugehen (b). Ist hingegen das Urthel der Kunstverständigen nicht zuverläßig genug, oder widerspricht der Ehegatte der vorgeblichen Unvermögenheit; so wird eine neue Besichtigung nothwendig. Fällt diese ganz entschieden aus; so findet nunmehro die Nichtigkeitserklärung statt: bei dem mindesten eintretenden Zweifel hingegen, ist die in den Gesezen vorgeschriebene dreijährige Probe das lezte Mittel. Beide Eheleute nämlich müssen noch drei Jahre beisammen leben, und ihre Kräfte mit einander versuchen. Dauern nach dem Ablaufe dieses Zeitraumes die Klagen über das Unvermögen fort, und der Beschuldigte behauptet noch immer seine Tüchtigkeit, so wird der klagende Theil zu dem Erfüllungseide zugelassen. Räumet hingegen auch der Beschuldigte sein Unvermögen ein, so müssen nun beide Partien ihr Vorgeben noch eidlich bestärken (c).

a) Selbst das Geständniß des Beschuldigten verdinet an sich und allein keine Rücksicht, weil der Fall sich gar wohl gedenken lässet, daß mißvergnügte Eheleute eine geheime Verabredung treffen, um von einander los zu kommen. — Die Behauptung einiger, die Unvermögenheit des Mannes könne nur durch Eid, die Untüchtigkeit der Frau aber durch Besichtigung erwiesen werden,

den, ist ohne Grund — Eben so unrichtig ist es, wenn andere, durch einige Stellen des kanonischen Rechts c. 4. 14. x. de probat. c. 6. x. de frigid. et malefic. veranlaßt, annehmen, die Besichtigung des Ehemannes könne zwar von Aerzten geschehen, zu der Besichtigung der Frau aber müßten erfahrene Weibspersonen gebrauchet werden — Alle Besichtigungen der Art werden heut zu Tage durch beeidigte Aerzte und Geburtshelfer verrichtet, deren Zeugniß auch weit zuverläßiger ist, als dasjenige der über diesen Punkt selten genugsam erfahrnen geschwornen Frauen — Das ehemals hin und wieder gewöhnlich gewesene Mittel, die Eheleute, in Gegenwart des Richters, oder gerichtlicher Abgeordneten, den Beischlaf versuchen zu lassen, war eben so obscön, als zweckwidrig — Frank Medizinische Polizei. Band I. S. 389.

b) c. 1. 2. 3. 5. 6. x. de frigid. et malefic.

c) L. 10 C. de repud. Nov. 22. c. 6. C. 2. caus. 33. qu. 1. c. 1. 5. 7. x. de frigid. et maleficiat. Berger Electa process. matrimonial. §. 53. Aug. Ludw. Schott Einleitung in das Eherecht. Nürnberg 1786. §. 82. 83. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. IV. Tit. 15. §. 24 - 36. Wernher P. II. Obs. 392. Berger Respons. P. II. Resp. 57. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der deutschen Christen. §. 277.

* Die Klage wegen des Unvermögens ist an eine gewisse Zeit nicht gebunden, sondern findet auch dann noch statt, wenn gleich die Ehegatten schon mehrere Jahre mit einander gelebt haben. c. 6. x. de frigid. et malefic. Boehmer l. c. §. 23. Schott a. a. O. §. 84. Andere behaupten unter Beziehung auf C. 3. caus. 33. qu. 1. und c. 1. 5. x. de frigid. et malefic. das Gegentheil. Wernher P. III. Obs. 56. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1261.

§. 140.

Fortsetzung.

8) Der Beklagte ist dem Kläger diejenigen Urkunden auszuantworten schuldig, die für die Verbindlichkeit zu Festhaltung der Ehe einen Beweis abgeben können (a). 9) Eben so wird auch noch nach Ablauf der anberaumten Beweisfrist Beweis zugelassen, wenn derselbe die Fortsetzung der Ehe bezwecket (b). 10) Richterliche Erkenntnisse, durch welche wegen Voraussetzung einer falschen Thatsache eine Ehe getrennet, oder eine absolut verbotene für gültig erkannt wird, beschreiten nie die Rechtskraft (c). 11) Werden die Akten zu Einholung eines Urthels versendet; so ist es häufig noch üblich, sie an theologische und juristische Fakultäten zugleich zu verschicken (d). 12) Soll die Ehe wegen boshafter Verlassung getrennet werden; so muß vorerst kein Verdacht einer geheimen Verabredung beider Eheleute vorhanden seyn, mithin für die Unschuld des als verlassen klagenden Theils gute Vermuthung geheget werden können. Ausserdem aber ist auch von Seiten des weggeloffenen Gatten der Vorsaz der Verlassung zu erweisen (e), oder durch rechtliche Vermuthung darzuthan. Eine solche Vermuthung tritt dann ein, wenn ein Ehegatte ohne Ursach von dem andern entwichen ist (f), eine geraume Zeit, ohne Nachricht zu geben, abwesend bleibet (g), und der unschuldige Theil von seiner Seite auch alles angewendet hat, um Erkundigung einzuziehen (h) — Ist nun nothdürftiger Beweis oder eine solche rechtliche Vermuthung wirklich vorhanden; so kann gegen den Verlassenden, je nachdem der Ort seines Aufenthalts bekann ist oder nicht, die gebetene Privat- oder Ediktalladung ohne

An-

Anstand erkannt werden. Diese wird nach ihrem verschiedenen Zwecke dreimal wiederholet, nämlich zur Einlassung, zur Bescheinigung der Hindernisse wegen des Nichterscheinens, und endlich zur Anhörung des Scheidungsurtheils (i). — Kehret der abwesend gewesene Gatte vor gesprochenem Scheidungsurthel wieder zurück; so muß die Ehe zwar fortgesetzet werden, aber der unschuldige Theil kann doch von jenem, nach Beschaffenheit der Umstände, die Leistung des Reinigungseides verlangen, damit auf diese Weise der Verdacht eines allenfalls begangenen Ehebruchs gehoben werde (k). 13) Erkennet endlich der Richter auf Vollziehung oder Fortsetzung der Ehe, so wird, in der Regel, zum absoluten Zwang des widerspenstigen Theiles nicht geschritten (l).

a) Berger Electa processſ. matrimon. §. 38. Schottt Einleitung in das Eherecht. §. 228. Ludovici Einleitung zum Konsistorialprozeß. Kap. XVI. §. 4. Brunnemann Jus eccl. Lib. III. Cap. 4. §. 10. Meine Grundsätze rc. §. 318.

b) Berger l. c. §. 40.

c) An sich also gehen auch in Ehesachen die richterlichen Entscheidungen, sie mögen nun für, oder wider die Ehe sprechen, in die Rechtskraft über. c. 4. x. de restitut. in integr. c. 6. x. de probat. c. 9. 40. x. de testib. Schott a. a. O. §. 221. 228. Berger l. c. §. 44 - 48. Ludovici a. a. O. Kap. XVIII. §. 15. Gail Lib. I. Obſ. 112. Brunnemann l. c. Cap. IX. §. 7. 8. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 405. — Einige behaupten, unter Beziehung auf das c. 7. x. de dol. et contumac. auch ein Urthel, das geistliche Beneficien betreffe, werde nie rechtskräftig. Ludovici a. a. O. Brunnemann l. c. §. 9.: allein das c. 32. x. de elect. zeiget die Unrichtigkeit dieser Behauptung. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 27. §. 40.

Knorr

Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 8. §. 16. Christ. Ludov. Stiegliz Pr. de exceptione rei judicatæ in ecclesiasticis. Lipf. 1772.

d) Ludovici a. a. O. Kap. XVII. §. 2. Brunnemann l. c. Cap. IX. §. 2. seq. (Hiebei auf die Religionseigenschaft der Facultäten zu sehen, welche mit den Partheyen oder dem Streitgegenstand in der Religion übereinstimmt, ist wenigstens der deutschen religiös-politischen Verfassung und den reichsgerichtlichen Erkenntnissen gemäß. Gönner Beobacht. No. XXXI. im jurid. Archiv B. III. S. 366.

e) Befindet sich der verlassende Ehegatte an dem nämlichen, oder wenigstens an einem bekannten Orte und erkläret die Absicht der Desertion gerade zu; so ist es leicht diesen Beweis zu führen.

f) Gegen einen Ehegatten daher, der wegen Amts- oder Gewerbgeschäften abwesend ist, und seine Rückkehr nicht unnöthig verzögert, kann keine Desertionsklage statt haben.

g) In Ansehung der anzunehmenden Zeit der Entfernung tritt, in Ermangelung besonderer Gesetze, das richterliche Ermessen vorzüglich ein. Nach Befinden der Umstände kann eine halbjährige Trennung schon hinreichend seyn. c. 5. x. de sponsal.

h) Dieses muß durch die sogenannten Diligenzscheine erwiesen werden.

i) Berger l. c. §. 50-53. Mevius P. IV. Dec. 7. Dec. 223. Hommel Rhapsod. Obs. 612. Derselbe Teutscher Flavius. Art. Desertionsprozeß. Wernher P. I. Obs. 204. Schott a. a. O. §. 221. Brunnemann l. c. Lib. II. Cap. 17. §. 27. seq. Knorr a. a. O. §. 18. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 876. Wolfg. Ad. Schoepf Tr. de processu in contumaciam in caufis ecclesiasticis, in primis de processu desertionis. Tübing. 1731. Idem Tr. de processu unilaterali cumprimis contumaciali. Tübing. 1748.

k)

k) Leyser Spec. 314. M. 4. 5.

l) Nettelbladt a. a. O. §. 875.

§. 141.

Verfahrungsart in den vor die Konsistorien gehörigen peinlichen Sachen.

Die Verfahrungsart in vor die Konsistorien gehörigen peinlichen Sachen hat nichts eigenes, sondern man kennet auch hier den Anklage-Untersuchungs- und gemischten Prozeß (a).

a) Ge. Lud. Boehmer Princip. jur. canon. Lib. IV. P. II. §. 857. seq. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. V. Noch gehören hierher: Bened. Carpzov Definitiones consistoriales s. jurisprudentia ecclesiastica. Lips. 1665. et cum addition. Andr. Bergeri Ibid. 1724. Ernst Gottfr. Schmidt Theorie der summarischen Prozesse. §. 362. folg.

Fünfzehentes Hauptstück.

Von dem Konkurs-Prozeß.

§. 142.

Begriff des Konkursprozesses.

In allen bisherigen Prozeßarten lag das unterscheidende Merkmal, daß jeder Anspruch eines Subjekts gegen das andere als isolirtes und von anderen Ansprüchen an das verpflichtete Subjekt unabhängiges Recht ergriffen wurde. Eben dieses Verhältniß bleibt, wenn entweder ein Subjekt gegen ein anderes überschuldet ist, oder wenn es zwar mehrere Creditoren, aber hinreichendes Vermögen zur Befriedigung derselben hat. Daher bringt weder die Insolvenz allein, noch die Concurrenz mehrerer Gläubiger allein am Verfahren einen Unterschied hervor. Sobald hingegen das Vermögen eines Subiektes zur Zahlung seiner mehreren Gläubiger nicht hinreicht, so wird eine Forderung durch die andere beschränkt, und die Nothwendigkeit gesetzt, das gesammte überschuldete Vermögen unter sämtliche Gläubiger nach gesetzlicher Ordnung zu vertheilen. Hieraus entstehet der Begriff des Konkursprozesses (Gantprozeß, Konturbationsprozeß, processus concursus creditorum, processus cridæ) als derjenigen Verfahrungsart, wo ausge-

gemacht wird, wie mehrere Gläubiger eines Schuldners aus dessen überschuldetem Vermögen nach der gesetzlichen Ordnung befriediget werden sollen (a). I. Zum Daseyn eines Konkurses wird daher 1) Insufficienz der Masse und zugleich 2) Konkurrenz der Gläubiger erfordert. II. Nicht in der Polizeigewalt, sondern in der richterlichen Gewalt ruhet der Entstehungsgrund des Konkursverfahrens, da es offenbar der lezten an sich obliegt, bei einem überschuldeten Vermögen jedem Gläubiger nur soviel, als die Koexistenz der übrigen Gläubiger verstattet, zuzusprechen. III. Die Hauptgeschäfte des Konkursverfahrens beziehen sich 1) auf Sicherstellung, Berichtigung und Verwaltung der Masse, 2) auf die Richtigkeit der Forderungen (punctum liquidi), 3) auf Bestimmung des Vorzugs, welcher einer Forderung vor der andern zukommt (punctum prioritatis). IV. Derjenige, dessen Vermögen unter die Gläubiger zu vertheilen ist, heißt Gemeinschuldner (Cridarius, Ganthierer), sein Vermögen Konkursmasse (b).

a) Manche Rechtsgelehrte bezeichnen den Zustand eines überschuldeten Vermögens mit dem Namen Konkurs; allein dies ist sehr irrig, da man, wie unten mit wichtigen Folgen gezeigt wird, den Konkurs sich nur als gerichtliches Verfahren denken kann. Auch unterscheidet das Merkmal des gerichtlichen Verfahrens den Konkurs von den unter Kaufleuten sehr üblichen Akorden.

b) Als Schriften über den Konkurs sind auszuzeichnen: Salgado de Samoza Labyrinthus creditorum concurrentium Francof. 1663. Brunnemann processus concursus creditorum cum notis Stryckii Francof. ad Viadr. 1737. 1745. 4. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Halle 1749.

1749. Kraft Anmerkungen über den Conkursprozeß. Erlangen 1786. Schmid Grundsätze vom Konkursprozeß. Nürnberg 1794. Kornemann kurzgefaßte theoret. prakt. Abhandl. vom Konkursprozeß. Marburg 1797. Hasche Erläuter. der Hamburg. Falliten-Ordnung 2 Bd. Hamburg 1798. 1800. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger 3. Bde. Halle 1792-95. 8. Zweite Ausgabe unter dem Titel: ausführliche Entwickelung der Lehre ꝛc. Halle 4. Happel in mehreren besonderen Abh. 1) Anleitung zum Verfahren, Conkursprozesse abzuwenden. Giessen 1797. 2) Beobachtungen beim Ausbruch eines Konkurses und bei Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräusserten Vermögens. Ebend. 1801. 3) Vom Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichretischen Versäze bei ausgebrochenem Konkurse. Ebend. 1802. 4) Erörterung der beim Koncursprozeß vorkommenden wichtigster Gegenstände. Ebend. 1803. Gönner Handb. B. IV. Abh. 82.

§. 143.

Geist und Quellen des deutschen Konkursprozesses.

Dem römischen Rechte war das Wesen des Konkursprozesses nicht fremd, und ehe verschiedene Forderungen einen gesezlichen Vorzug erhielten, lieferte diese Gesetzgebung, besonders nachdem sie einige schädliche Formeln verbannt hatte, ein ziemlich consequentes Resultat (a). Als aber verschiedene Forderungen mit einem Vorzugsrechte begabt, und von der Allgemeinheit ausgeschieden wurden, welche nur unter den chirographarischen Gläubigern aufrecht blieb, war das Princip der Allgemeinheit in Ansehung der Vermögensstücke sowohl, als der Gläubiger, und mit ihm die vernunftgemäße Consequenz im Konkursverfahren wesentlich vernichtet. Das deutsche Recht stellte das Princip der Universalität, sowohl was das Vermögen, als was die

die Ansprüche betrift, in seiner reinen, unbedingten Vollkommenheit her, und hieraus ergiebt sich, in wie weit das römische Recht im Konkursverfahren als Quelle (b) gelten kann. Es ist nämlich I. die Grundlage des Verfahrens nach den Forderungen der Vernunft rein deutschen Ursprungs und aus dem römischen Rechte nicht abzuleiten, daher die Darstellung falsch, wenn man in der Grundlage das römische Recht als Regel, das heutige Verfahren als Modifikation oder Einschränkung ansehen will. II. Römische Gesetze, deren Anwendung von dem Princip der Allgemeinheit nicht abhängt, (z. B. über Cessio bonorum, Vorzug der Gläubiger, Adjudication der Güter im Mangel annehmlicher Käufer) finden, so wie III. jene römische Verordnungen, welche den Grundsatz der Allgemeinheit an sich tragen, auch noch heutzutage vollkommene Anwendung. Dahingegen können IV. jene römischen Gesetze, welche auf Isolirung einzelner Gläubiger abzielen, auf den deutschen Konkurs nicht übertragen werden (c).

a) Die Geschichte der römischen Legislation liefert ausführlich Dabelow a. a. O. S. 22. u. ff. in gedrängter Kürze Gönner a. a. O. §. 2.

b) Gmelin vom materiellen Konkurse der Gläubiger, Erlangen 1775. 8. §. 7. Walch D. de jure prioritatis in fraudem creditorum impetrato, Jena 1790. 4. §. 1–5.

c) Gönner a. a. O. §. 3. 5. woselbst auch §. 6. die abweichenden Eigenheiten des deutschen Konkursverfahrens als Folge des Princips der Allgemeinheit abgeleitet sind.

§. 144.

Eintheilungen des Konkurses nach Danz, in den imminenten, materiellen und förmlichen Konkurs.

Von der Zeit an, wo der Schuldner unvermögend ward, seine Gläubiger zu befriedigen, bis dahin, wo er sein Vermögen den Gläubigern abgetreten hat, oder wo diese in dasselbe eingewiesen worden sind, ist ein imminenter Konkurs vorhanden (a). Mit des Schuldners freiwilligen Abtretung seines Vermögens an die Gläubiger, oder des Richters Einweisung derselben in jenes aber nimmt der materielle Konkurs seinen Anfang, und dauert bis zu Eröffnung des Konkursprozesses durch die Erlassung der Ediktalladung (b). Von Erlassung der Ediktalladung an endlich bis zum Ende des Konkursprozesses währet der förmliche Konkurs (c).

a) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 1. Johann Heinrich Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor bei einem förmlichen Schuldenwesen über das Vermögen sowohl mittelbarer als unmittelbarer Personen. Nürnberg 1791. §. 15. sagt, der imminente Konkurs fange mit der Zeit an, wo der Schuldner einsahe, daß er unvermögend sey, seine Gläubiger zu befriedigen; allein auf die Einsicht und Ueberzeugung des Schuldners, die ohnedem in den meisten Fällen schwer zu erweisen seyn dürfte, kann es hierbei nicht ankommen, sondern der Zeitpunkt, wo das Aktivvermögen des Schuldners zu der Befriedigung seiner Gläubiger nicht mehr zureicht, ist vielmehr derjenige, wo der imminente Konkurs mit allen seinen Wirkungen beginnet. Dieser Zeitpunkt muß nun von den Gläubigern, die sich darauf berufen und einen Vortheil daraus ziehen wollen, bestimmt angegeben und erwiesen werden. In vielen Fällen ist dieser Beweis schwer, dann aber leicht, so bald mehrere Gläubiger wider den Schuldner, welcher nicht mehr

mehr bezahlen kann, sich gerichtlich gemeldet haben, und also eben deßwegen, weil nicht alle befriediget werden können, nun schon zweifelhaft wird, wer von ihnen zuerst sein Geld aus des Schuldners Vermögen erheben soll.

b) Schaumburg l. c. Stepf a. a. O. §. 14. Gmelin in der Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger nimmt nur zwei Konkursarten an, den materiellen nämlich und förmlichen. Der erstere beginnet seiner Meinung nach mit dem Zeitpunkt, wo mehrere Gläubiger wider den Schuldner, welcher nicht mehr bezahlen kann, sich gerichtlich gemeldet haben, und kommt daher fast ganz mit demjenigen überein, den wir den imminenten nannten. Bei dieser Behandlungsart aber entstehet vorerst eine Lücke, indem die freiwillige Abtretung des unzulänglichen Vermögens des Schuldners an die Gläubiger, oder die richterliche Einweisung dieser in jenes, die doch manche sehr wichtige und erhebliche rechtliche Wirkungen erzeugen, und die gewöhnlich auf das Andringen mehrerer Gläubiger vor Gericht folgen, und der Erlassung der Ediktalladung vorangehen, ganz unberührt bleiben, oder doch wenigstens nicht sorgfältig genug abgesondert werden. Ausserdem aber ist auch schon der Zeitpunkt, wo die Insolvenz des Schuldners erweislich ist, wenn gleich mehrere Gläubiger ihre Forderungen noch nicht gerichtlich eingeklaget haben, für die Kreditorschaft höchst wichtig, und verdienet eben deswegen vorzügliche Rücksicht.

c) Schaumburg l. c. Gmelin a. a. O. §. 5. — Die Meinungen der Gelehrten über den Anfang des Konkurses übrigens sind äusserst getheilt. Einige behaupten, der Konkurs fange erst alsdann an, wenn der Schuldner sich erkläret hat, er wolle seine Güter den Gläubigern hingeben. Franciscus Salgado de Samoza in regali Cancellaria Vallisoletana Senatoris, Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam Tomi duo. Francofurti 1663. P. I. Cap. 1. §. 6. Mevius P. VI. Decis. 104. Andere nehmen an, der Konkurs werde nicht früher begründet, als bis ein Pfleger der verschuldeten Güter

ter aufgestellt worden. Boenigke Practica practicata. Cap. 38. Andere sehen den Augenblick, wo mehrere Gläubiger bei einem und eben demselben Schuldner auf die Bezahlung gerichtlich dringen, als den Anfang des Konkurses an. Gribner Principia processus judiciarii. Lib. II. Cap. 9. §. 1. Noch andere endlich wollen den Konkurs erst dann angefangen wissen, wenn die Ediktalladung erlassen ist. Leyser Spec. 478. M. 5. Gottl. Euseb. Oelze Diss. de creditore sibi vigilante. Jen. 1770. §. 4. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1813. Vergl. noch Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. I. §. 14. Car. Frid. Walch Diss. de jure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato. Jen. 1790. §. 8. Klüber Kleine juristische Bibliothek. Stück 23. No. 75. S. 339. Jo. Frid. Gab. Schulin Meditationes ad selectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico-Baruthini. Mogunt. 1787. §. 2. 3. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 293. Aug. a Balthasar Collatio juris communis cum saxonico, lubecensi, meklenburgensi et speciatim pomeranico qua classificationem creditorum in concursu. p. 2. Wernher P. IV. Obs. 146. C. G. de Winckler Adversaria juris judiciarii in primis quod concursum creditorum. Lips. 1785. Adnot. Ima. Albert. Phil. Frick Libellus singularis de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti, aut moto concursus judicio. Helmst. 1777. §. 4. p. 7. Christ. Christi. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. Halle 1792. §. 8-12.

§. 145.

Wirkungen des imminenten Konkurses.

So lange, bis einem jeden einzelnen Gläubiger eine gewisse Stelle, wo er befriediget werden soll, von dem Richter angewiesen ist, verursacht ein jeder Konkurs

kurs eine gewisse Gemeinschaft unter allen Kreditoren, die aus den verschuldeten Gütern bezahlet seyn wollen, und gerade diese Gemeinschaft ist der Grund aller derjenigen Rechte, die dem Konkurs eigen sind. Durch dieselbe werden indessen die besondere Rechte und Vorzüge, die einem jeden Gläubiger seiner Forderung wegen zukommen, keineswegs aufgehoben, es können auch die einzelnen Kreditoren als Streitgenossen deßwegen nicht angesehen werden, sondern alle Gläubiger haben nur in so ferne ein gemeinschaftliches Interesse, daß sie sich vereinigt entgegen setzen können, wenn entweder von dem Richter, oder von dem Schuldner etwas für sie nachtheiliges vollzogen werden will. Die weiter in dem Konkursprozeß vorkommenden Handlungen, als die freiwillige Abtretung des Vermögens von Seiten des Schuldners, oder die richterliche Einweisung in dasselbe, oder die Erlassung der Ediktalladung u. s. w. befestigen theils diese Gemeinschaft nur noch mehr, theils erzeugen sie noch manche besondere rechtliche Wirkungen, die in der Folge angegeben werden sollen (a) — Hier jetzo von den Wirkungen des imminenten Konkurses — Des imminenten Konkurses ohngeachtet bleibet der Gemeinschuldner in Rücksicht seines Vermögens noch in Thätigkeit, kann dasselbe unter Händen behalten, gültig veräussern, und das Eigenthum sowohl als andere Rechte ohne Anstand auf andere übertragen (b). Nur dafür haben die Gesetze gesorgt, daß derselbe nicht arglistiger Weise zum Nachtheil seiner Kreditorschaft Güter veräussern, oder überhaupt über sein Vermögen disponiren darf (c), und haben deswegen zwei Rechtsmittel, ein possessorisches (d) und petitorisches (e) gegeben, mittelst deren die Gläubiger Veräusserungen, oder andere Verfügun-

gen, die, um sie zu hintergehen, vollzogen worden, anfechten, und zu dem Besitze der veräusserten Sachen gelangen können.

a) Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 9. 10. 11. Berger Electa discept. for. Tit. 34. Obs. 7. p. 806.

b) L. 15. C. de donation. Gmelin a. a. O. §. 12. Oelze Diss. cit. de creditore sibi vigilante. §. 10. Conr. Sigism. Car. Haenlein Diss. de actionis Paulinianæ natura, requisitis et usu forensi. Erlangæ. 1785. §. 3. Es ist daher irrig, wenigstens ganz unbestimmt, wenn Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VIII. §. 1. lehret, daß der Schuldner, so bald einige Gläubiger wider ihn aufgetreten sind, über sein Vermögen nicht mehr nach Willkühr disponiren könnne. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1227.

c) L. 1. D. quæ in fraud. creditor.

d) L. 10. pr. L. ult. §. 4. 6. D. quæ in fraud. credit. Der Prätor nämlich hat das interdictum fraudatorium, welches restitutorium ist, oder eine besondere actionem in factum aus diesem Interdikt verstattet. L. 67. D. ad SCt. Trebell. L. 96. §. 1. D. de solut. L. 60. D. mand. Selten kommt zwar dieses Rechtsmittel vor, kann aber doch zuweilen mit Vortheil gebrauchet werden. Z. B. wenn die Gläubiger geschwind zu dem Besiz der veräusserten Sachen gelangen wollen, damit der Besitzer, der nachher vielleicht unvermögend ist, ihnen den Werth derselben zu ersetzen, sie unterdessen nicht wieder veräussere. Hänlein Diss. cit. §. 2. §. 22. Gmelin a. a. O. §. 14. Not. b. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 112.

e) Dies ist die Paulianische Klage, von welcher gleich weiter gehandelt werden wird. Dabelow a. a. O. §. 81-98. (11 Aufl. S. 375 ff.)

§. 146.

Fortsetzung.

Daraus, daß gleich nach eingetretenem imminentem Konkurs eine gewisse Gemeinschaft unter den Kreditoren begründet wird, und daß von nun an der Schuldner zum Schaden seiner Gläubiger über sein Vermögen arglistiger Weise keine Verfügungen mehr treffen darf, ergeben sich folgende Sätze, I. wenn von Seiten des Schuldners, oder Veräusserers betrügerische Absicht am Tage liegt, dieser unerlaubte Endzweck auch erreicht wird, und die Kreditoren also wirklich Schaden leiden (a), auf der andern Seite aber die Erwerbung entweder durch einen lukrativen Titel geschehen ist, oder, wenn sie durch einen beschwerlichen geschehen seyn sollte, der Erwerber Antheil an dem Betruge hat; so zerfällt das ganze Geschäft als ungültig, und die Gläubiger gelangen durch die Paulianische Klage zu den veräusserten Sachen, oder verlohrnen Rechten wieder (b). Allen Kreditoren ohne Ausnahme, welchen eine solche arglistig unternommene Veräusserung zum Nachtheil gereichet, wie auch ihren Erben und Nachfolgern stehet dieses Rechtsmittel zu (c). Gewöhnlich wird dasselbe im Namen aller Gläubiger von dem Güterpfleger erhoben, niemals aber von dem Kontradiktor, weil dieser die Stelle des Schuldners vertritt (d). Von demjenigen, welcher die veräusserte Sache durch einen beschwerlichen Titel erlanget, und Theil an dem Betruge des veräussernden Schuldners gehabt hat, kann dieselbe zurückverlanget werden, auch ohne denselben zu entschädigen, woferne nicht das, was er dafür gegeben hat, noch in dem Vermögen des Schuldners vorhanden ist (e). Besitzet

derselbe die veräusserte Sache nicht mehr; so ist er den Werth derselben zu ersetzen schuldig, und wenn er sich arglistiger Weise des Besitzes derselben entlediget hat, auch das Interesse (f). Wider den, welcher die Sache durch einen lukrativen Titel erlanget, und um den Betrug des Schuldners gewußt hat, findet die Paulianische Klage mit denselben Wirkungen statt, wie gegen den, der in bösem Glauben durch einen beschwerlichen Titel erworben hat. Der Besitzer durch einen lukrativen Titel in gutem Glauben hingegen ist nur so viel herauszugeben verbunden, als er durch den Erwerb der Sache reicher ist (g). Auch die Erben aller bisher genannten Personen sind nur in so weit tenent, als der Erwerb auf sie gekommen ist (h), und endlich gegen den betrügerischen Schuldner selbst kann zwar nicht auf einigen Ersaz, aber doch auf Bestrafung mittelst der Paulianischen Klage gedrungen werden (i). Alles, wodurch die Gläubiger wirklich vervortheilet und hintergangen worden sind, wird durch dieses Rechtsmittel zurückgefordert; dahin gehören nicht nur die veräusserte Sache selbst mit allem Zuwachs, Vermehrung und immittelst genossenen Nuzungen, sondern auch diejenigen Nutzungen, welche der arglistige Besitzer hätte geniessen können; jedoch darf derselbe die zur Noth darauf verwendeten Kosten davon abziehen. Dieses gilt wider jeden Besitzer, der Theil und Mitwissen an dem Betruge des Schuldners hat, er mag die Sache durch einen lukrativen, oder beschwerlichen Titel besitzen. Der aber, welcher in gutem Glauben durch einen lukrativen Titel Besitzer ist, ersetzet nur so viel, als er dadurch reicher ist, und zwar von Nutzungen das, was zur Zeit der Kriegsbefestigung wirklich vorhanden ist: von dieser Zeit an aber alle genossenen und diejenigen,

welche

welche er hätte geniessen können (k). Binnen vier Jahren, von der Zeit an, wo die Unzulänglichkeit der Maße zu Bezahlung der Schulden sich ergab, muß diese Klage angebracht werden (l); nach Ablauf dieses Zeitraumes kann jedoch dasjenige, was der Beklagte durch jene Veräusserung gewonnen hat, oder hätte erhalten können; wenn er es nicht arglistig verhindert hätte, durch eine, dreisig Jahre hindurch wirksame actionem in factum gefordert werden (m). Nüzlich endlich kann man die Paulianische Klage (actio pauliana utilis) noch in folgenden drei Fällen anstellen: 1) wider diejenigen Legatarien, welchen der Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger etwas vermacht, und welchen sein Erbe solches ausgezahlet hat (n). 2) Wenn der Erbe des Schuldners, welcher wider seinen Erbschaftsantritt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangte, vorher, um die Gläubiger zu hintergehen, Veräusserungen vorgenommen hat. Ist die Erbschaft ohne Vorwissen der Gläubiger angetreten worden; so können diese auch diejenigen Sachen, welche der Erblasser selbst in gleicher Absicht veräusserte, zurückfordern (o); nicht aber alsdann, wenn der Antritt der Erbschaft mit ihrem Vorwissen geschehen ist, und sie also durch ihr Stillschweigen den Erben für ihren Schuldner anerkannt haben (p). 3) Wenn der Schuldner, um seine Gläubiger zu hintergehen, ein ihm zustehendes Pfandrecht nachgelassen, oder solches zu behaupten unterlassen hat. (q).

a) L. 1. pr. et §. 2. L. 10. §. 1. L. 17. §. 1. D. quæ in fraud. creditor. Nur dann also, wenn eine Handlung vorgenommen worden ist, durch welche das Vermögen vermindert wird, findet die Paulianische Klage statt. Dieses geschiehet aber nicht, wenn jemand eine

eine Gelegenheit etwas zu erwerben unbenuzt vorbeilässet, folglich auch nicht, wenn ein Schuldner eine ihm angetragene Erbschaft ausschlägt. — L. 6. pr. §. 1 - 4. D. quæ in fraud. creditor. L. 134. pr. D. de regul. jur. Hen. Godofr. Bauer Pr. de actione Pauliana. Lipſ. 1782. p. 4. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 116 - 127. — Zuverläßig kann man nur dann wissen, ob die Gläubiger durch die Veräusserung Nachtheil gelitten haben, wann diese die Unzulänglichkeit der Maße zu Bezahlung der Schulden, und daß solche durch die Veräusserung enstanden, oder vermehret und befördert worden, darthun. Dieser Beweis muß daher nothwendig geführet werden. L. 1. C. de revocandis his, quæ in fraud. cred. Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. XLII. Tit. 8. §. 11. Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs. §. 14.

b) L. 6. §. 8. 10. 11. 12. L. 10. §. 2. 3. 5. D. quæ in fraud. creditor. — Besitzet der Beklagte die Sache aus einem lukrativen Titel; so hat der Kläger in Hinsicht auf jenen seinen Klagegrund dargethan, wenn er zeiget, daß derselbe die Sache blos aus Gewinnsucht nicht herausgeben will. Besitzet derselbe hingegen aus einem beschwerlichen Titel; so muß der Kläger freilich die schlimme Absicht desselben, die Gläubiger zu betrügen, erweisen. Schwer ist dieser Beweis, in den meisten Fällen, kann aber doch auch durch Vermuthungen geführet werden, wobei dem richterlichen Ermessen viel überlassen bleibet. Hänlein Diſſ. cit. de actionis Paulianæ natura, requiſitis et uſu forenſi. §. 13. — So viel indessen erhellet aus dem angeführten, daß der Grund der Paulianischen Klage im allgemeinen nicht in eine unerlaubte Handlung, in die unredliche Absicht nämlich, welche beide Theile bei der Veräusserung hatten, gesetzet werden kann, sondern daß er vielmehr auf einer von den Gesetzen unmittelbar auferlegten Verbindlichkeit beruhet.

c) Nicht aber dem Erben des arglistigen Schuldners, wenn schon derselbe einer von den Gläubigern selbst wäre. L. 4. C. de revoc. his quæ in fraud. creditor.; und

und eben so wenig denjenigen Gläubigern, deren Da-lehen neuer, als die Veräusserung sind, woferne nicht mit ihrem Gelde ältere Gläubiger befriediget worden. L. 10. §. 1. L. 15. 16. D. quæ in fraud. creditor.

d) Haenlein Diss. cit. §. 16. Wernher P. IV. Obs. 68. P. IX. Obs. 15. Gmelin a. a. O. §. 15. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1246.

e) L. 8. D. quæ in fraud. creditor.

f) L. 9. D. eod.

g) L. 6. §. 11. D. eod.

h) L. 10. §. 25. L. 11. D. eod. Haenlein l. c. §. 17. Nach der Praxis jedoch läßt man, wenn der Erblasser Theil an dem Betrug gehabt hat, die Klage auf alles zu, was die Erbschaft vermag. Haenlein l. c. §. 25. Voetius Commentar. ad Pand. Lib. IV. Tit. 3. §. 12.

i) L. 1. pr. D. quæ in fraud. creditor. Die Strafe bestehet gemeiniglich darinn, daß der Schuldner wegen seiner betrüglichen Absichten der rechtlichen Wohlthat der Abtretung seiner Güter für verlustig erkläret, und nach dem Schaden, den er seiner Kreditorschaft durch die Veräusserung zugefüget hat, bald mit einer kürzeren, bald mit einer längeren Gefängnißstrafe beleget wird. Gmelin a. a. O. §. 14. Haenlein l. c. §. 18.

k) L. 10. §. 20. 22. L. ult. §. 4. D. quæ in fraud. cred. L. 18. §. ult. L. 19. D. de jure fisci. Berger Oeconom. juris. Lib. II. Tit. 2. §. 34. Not. 2. Gmelin a. a. O. §. 15. Haenlein l. c. §. 20. Bauer Pr. cit. pag. 10. seq.

l) L. 1. L. 10. §. 22. D. quæ in fraud. creditor. L. ult. C. de temporibus in integrum restitutionis. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1832. Just. Hen. Boehmer Introductio in jus digestorum. Lib. IV. Tit. 1. § 6. Andere bleiben bei den Worten des Gesetzes, und geben nur ein nüzliches

ches Jahr, das mithin erst von der Zeit an zu rechnen ist, wo die Gläubiger erfahren haben, daß sie durch die Veräusserung arglistiger Weise vervortheilt worden. Haenlein l. c. §. 21.; allein der von dem nützlichen Jahre bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hergenommene sehr richtige analogische Grund macht diese Behauptung verwerflich. Andere behaupten, die paulianische Klage sey heut zu Tage, wie das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt, als eine actio perpetua zu betrachten, die in 30. Jahren allererst erlösche. Christ. Frid. Glück Diss. de vita petendæ restitutionis in integrum prætoriæ. §. 37. (in Opuscul. jur. civil. Fascic. II. pag. 288.)

m) L. 10. pr. und §. 24. D. quæ in fraud. credit. Auch Rechte und Ansprüche, welche der Schuldner nachgelassen hat, können, wenn alle oben angegebene Voraussetzungen eintreten, von den Gläubigern binnen eben der Zeit, in welcher jenem solche zugestanden, und das Recht darauf zu klagen gebührt hätte, zurückgefordert werden. L. 10. §. 23. D. quæ in fraud. creditor.

n) L. 6. §. 13. D. eodem.

o) Und zwar durch die actionem Paulianam directam.

p) L. 10. §. 10. D. quæ in fraud. creditor.

q) L. 18. D. eodem. Vergl. L. 2. D. eod. — Ueber diesen ganzen §. verdienen noch nachgesehen zu werden: Christ. Guilielm. Wehrn Diss. de actione Pauliana. Erford. 1781. §. 1-4. §. 15. 16. 17. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 15. §. 70-78. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 316. Joh. Ludw. Schmidt Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 447. folg. Leonh. Hen. Ludov. Ge. de Canngiesser Decis. supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani. Tom. IX. Decis. 236 Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl I. §. 98-102. §. 108-112. (II. Aufl. S. 408. ff. S. 647. f.)

§. 147.

§. 147.

Fortsetzung.

II. Wenn der Schuldner unter mehreren gleich wachsamen Gläubigern einen derselben zum Nachtheil der übrigen durch Befriedigung begünstiget; so findet die Paulianische Klage dahin statt, daß die bezahlte Summe unter ihnen allen nach dem Verhältniß ihrer Forderungen vertheilet werde (a). Hat hingegen der Schuldner gerade denjenigen vorgezogen, der unter den Gläubigern der saumseligste war; so wird durch das nämliche Rechtsmittel darauf gedrungen: daß die ganze empfangene Summe zurückgegeben und in die Konkursmasse eingeworfen werde (b). Eben so wenig darf zum Nachtheile des Fiskus eine Bezahlung geschehen (c), und wenn gewisse Sachen an Zahlungsstatt sind gegeben worden; so stehet den hypothekarischen Gläubigern wegen der ihnen verschrieben gewesenen Sachen auch gegen den befriedigten Kreditor die hypothekarische Klage zu (d).

a) L. 6. §. 2. D. de reb. author. judic. possidend.

b) L. 6. §. 2. eod. L. 6. §. 6. 7. L. 2. 4. D. quæ in fraud. creditor. L. 21. D. de pecul. Gmelin a. a. O. §. 19.

c) L. 3. C. de revocand. his quæ in fraud. credit. L. 1. 5. C. de privil. fisci. L. 18. §. 10. L. 19. 20. L. 45. pr. D. de jure fisci. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 113-116. §. 127.

d) L. 16. §. 3. D. de pignor. L. 20. L. 98. D. de solut. L. 22. D. quæ in fraud. creditor. L. 22. §. 6. C. de jure deliber. — Ausser diesen Fällen bleibet es bei der Regel, daß der wachsame Gläubiger seine erhaltene Befriedigung gegen alle Ansprüche der übrigen

gen Gläubiger sicher behaupten kann, wenn er gleich das Unvermögen des Schuldners, und daß die übrigen Gläubiger darunter leiden würden, recht gut gewußt hat. L. 6. §. 6. 7. L. 24. D. quæ in fraud. credit. L. 21. D. de pecul. — Sieh. noch: Henr. Godofr. Bauer Pr. cit. de actione Pauliana. pag. 7. Gmelin die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 18. 19. 36. Gottl. Euseb. Oeltze Diss. de creditore sibi vigilante. Jen. 1770. §. 23. seq. Haenlein Diss. cit. de actionis Paulianæ natura, requisitis et usu forensi. §. 15. Frick Diss. cit. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti, aut moto concursus judicio. §. 22. Wehrn Diss. cit. de actione Pauliana. §. 14. Struben R. B. Thl. I. Bed. 105. Car. Frid. Winckler Diss. de creditore sibi vigilante. Kilon. 1758. Dabelow a. a. O. §. 102 = 105. (II Aufl. S. 422. ff.)

§. 148.

Fortsetzung.

III. Begünstiget der Schuldner absichtlich zum Nachtheil seiner übrigen Gläubiger diesen, oder jenen Kreditor mit Ertheilung eines Pfandrechts, welches derselbe vorher nicht hatte, oder auch, statt der bisherigen Privathypothek, mit einer öffentlichen, oder gerichtlichen; so kann, es mag nun der begünstigte Gläubiger um die Gefährde mit gewußt haben, oder nicht, dieses Unternehmen mittelst der Paulianischen Klage angefochten werden (a).

a) L. 6. §. 8. 11. L. 10. §. 12. 13. L. 13. L. 22. D. quæ in fraud. cred. L. 4. §. 29. 30. 31. D. de doli mali et met. except. Adolph Dietrich Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1789. Abhandl. VII. S. 84. Gust. Bernh. Beckmann Diss. de

de debitore obærato in præjudicium debitorum non adquirente. Götting. 1774. p. 7. Brunnemann ad L. 10. D. quæ in fraud. creditor. Berlich P. I. Decis. 118. Walch Diss. cit. de jure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato. §. 9. seq. hält das erworbene Pfand- oder Vorzugsrecht nur dann für ungültig, wann der Kreditor, der sich solches erworben mittelbar, oder unmittelbar die übrigen Gläubiger böslicher Weise verhindert hat, sich auf eine ähnliche Art vorzusehen, und ein ähnliches Vorzugsrecht zu erwerben. — Nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten sollen auf diesen Fall eben die Grundsätze anwendbar seyn, die von der wirklichen Zahlung gelten. (Sieh, den vorhergehenden §.) Voetius Comment. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 8. §. 18. Leyser Spec. 495. M. 8. Oeltze Diss. cit. de creditore sibi vigilante. §. 26. Frick Diss. cit. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti aut moto concursus judicio. §. 22. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 105 - 108. (II Aufl. S. 431. ff.)

§. 149.

Fortsetzung.

IV. So bald einmal mehrere Gläubiger ihrer Forderungen wegen bei dem Richter sich gemeldet haben, entstehet unter ihnen eine gewisse Konnexität, es kann mithin der Schuldner keinen einzelnen derselben zum Nachtheil der übrigen besonders begünstigen (a); ein Recht, welches einer der Kreditoren gegen den Gantmann erhalten hat, kommt zuweilen auch den übrigen zu statten, so daß diese öfters ex jure tertii gültig excipiren können (b); soll einem der Gläubiger zum Nachtheil eines andern irgend ein Vortheil eingeräumet werden, so kann dieser mittelst der Intervention, als welche auch eines von denjenigen Rechten ist, die un-

unmittelbar durch den Konkurs erzeugt werden, seine Gerechtsame waren (c); die etwa schon anhängigen Exekutivprozesse werden von nun an gehemmt, und auch die in Rechtskraft bereits übergegangenen Urtheile können nicht mehr vollstrecket werden (d); das einfache, mit keinem Pfandrechte verknüpfte Retentionsrecht der Pfandgläubiger findet nicht mehr statt (e), wohl aber kann ein Schuldner bei dem Konkurs seines Gläubigers auf eine vorgegangene, an sich zuläßige Kompensation mit Bestand Rechtens sich berufen (f).

a) Leyser Spec. 495. M. 10. 11. Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 21.

b) Wenn z. B. der Schuldner auf das beneficium cessionis, oder competentiæ sich beruft; so können die Gläubiger, welche diese Rechtswohlthaten ihm nicht zugestehen wollen, auch daraus eine Exception hernehmen, wenn der Schuldner gegen diesen, oder jenen seiner Gläubiger arglistig und betrüglich gehandelt hat. Gmelin a. a. O. §. 22.

c) Gmelin a. a. O. §. 23. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. V. §. 6.

d) Gmelin a. a. O. §. 24. 25. Struben R. B. Thl. IV. Bed. 37. — Andere behaupten, des Konkurses ohngeachtet könnten die Gläubiger mit Recht auf die befreiete Prozeßarten sich berufen, es könnten also z. B. gegen guarentigiirte Urkunden keine Ausflüchte, die auf weiterer Ausführung beruhen, vorgebracht werden. Berger Elect. discept. for. Tom. VI. Obs. 1. Not 3. Wernher P. I. Obs. 305. n. 44. Obs. 308. P. II. Obs. 403. P. IV. Obs. 1. n. 122. Der Gerichtsbrauch aber sowohl, als die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten sind dieser Behauptung zuwider. Pufendorf Tom. IV. Obs. 33. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1815. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 3. 13. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VII. §. 3. Brunnemann Process. concurs.

curs. creditor. cum notis Strykii Cap. III. §. 4. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 7. §. 15. Gribner Princip. process. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 5. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit, §. 817. Vergl. auch oben §. 42.

e) Das qualificirte Retentionsrecht bleibet ungekränket. Gmelin a. a. O. §. 26-29. Mevius P. VII. Decis. 250. de Cramer Obs. Tom. I. Obs. 336. Ernst Christ. Westphal Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1791. Kap II. §. 10. S. 37. Ge. Lud. Boehmer Diss. de jure retentionis ejusque effectu. Götting. 1773. §. 15. 16. Jo. Flor. Rivinus Problem. jur. de jure pignoris moto concursu. Lips. 1728. Jo Ad. Theoph. Kind Diss. de retentione pignoris in concursu creditorum secundum jus Saxonicum electorale exule. Lips. 1785. Andere behaupten, das Retentionsrecht des Pfandgläubigers werde in allen Fällen durch den entstandenen Konkurs aufgehoben, und es müsse daher allzeit das zur Sicherheit gegebene Faustpfand zur Konkursmasse ausgeliefert werden. Traugott Thomasius Progr. de jure retinendi pignus in concursu creditorum. Lips. 1774. Leonh. Henr. Ludov. Ge. de Canngiesser Dec. supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani. Tom. IX. Decis. 248. Vergl. jedoch Tom. II. Decis. 64. Schaumburg l. c. §. 10. Vergl. noch: Versuch einer systematischen Darstellung des Retentionsrechts. Halle 1790. §. 25. 26. Dasselbe unter folgendem Titel: Joh. Ge. Wilh. Fasellus Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte. Zweite stark vermehrte Auflage. Halle. 1793. Paul Wilh. Schmidt Diss. de jure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. Jen. 1759. Pufendorf Tom. III. Obs. 60. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. Halle. 1792. §. 142-158. (II Aufl. S. 682.) Vergl. noch Happel oben §. 142. angef. Schrift num. 3. Man sehe jedoch dagegen Gönner a. a. O. §. 10.

f) Gmelin a. a. O. §. 30-36. Car. Frid. Walch Diss. de compensatione creditorum in concursu. Jen. 1764. Pufendorf Tom. I. Obs. 79. Dabelow a. a. O. §. 129-142. (II. Aufl. S. 685)

§. 150.

Wirkungen des materiellen Konkurses.

Mit dem Augenblick des eingetretenen materiellen Konkurses höret der Schuldner auf Eigenthümer seines Vermögens zu seyn, er wird daher in Hinsicht auf dieses ausser aller Thätigkeit gesetzet, und kann über dasselbe eben so wenig disponiren, als der gerichtlich erklärte Verschwender, oder der Minderjährige ohne Vormund über das seinige. Alle Veräusserungen sind mithin durch sich selbst nichtig, die veräusserten Sachen können von jedem Besitzer, er mag nun in gutem oder bösem Glauben besitzen, er mag durch einen beschwerlichen, oder lukrativen Titel erworben haben, vindiciret werden, und eben so zerfallen alle übrige Handlungen des Gemeinschuldners, die auf die Vermögensverwaltung sich beziehen als Kraft- und Wirkungslos in sich selbst (a).

a) L. 6. §. 7. D. quæ in fraud. cred. Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 10. 17. 20. Schulin Diss cit. Meditationes ad selectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico-Baruthini in materia de concursu creditorum. §. 4. Bauer Progr. cit. de actione Pauliana. p. 5. Anton Faber Lib. XX. Conjecturar. Cap. 14. Schilter Exercit. XLVI. §. 51. Der L. 9. L. 15. L. 17. D. quæ in fraud. creditor. sind diesen Grundsätzen nicht zuwider. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläu-

Gläubiger. Thl. I. §. 28 = 53. §. 80. (II. Ausg. S. 381.)

* Die übrigen rechtlichen Wirkungen der freiwilligen Güter-Abtretung, oder der richterlichen Einweisung in dieselben gehören nicht hierher.

§. 151.

Wirkungen des förmlichen Konkurses.

Der förmliche Konkurs erzeuget folgende, ihm eigene Wirkungen: I. alle besondere Konkurse, die unter dem nämlichen Landes- oder Gerichtsherrn sich befinden, fallen zum allgemeinen Konkursgerichte, alle Gläubiger müssen hier sich einfinden und ihre Ansprüche gegen die übrigen in Richtigkeit setzen (a); der Lauf aller bei andern Gerichten des nämlichen Landes oder Gebietes anhängigen Prozesse, in so ferne sie Forderungen an den Gemeinschuldner betreffen, wird schlechterdings gehemmet, und das allgemeine Konkursgericht ziehet solche in demjenigen Zustand, in welchem sie zur Zeit des eröffneten Konkurses waren, in der Maße an sich, daß es zwar einem Gläubiger das Recht, welches er in besonderen Gerichten schon erhalten, nicht entziehet (b), aber auch nicht zuläßet, daß zum Nachtheil vorzüglicherer und besserer Rechte anderer Gläubiger etwas vollzogen werde (c). II. Das sämtliche Vermögen des Schuldners wird jetzo allen Gläubigern, sie seyen bekannte, oder unbekannte gemein, es kann mithin keinem einzelnen Kreditor, ohne Einwilligung der übrigen Zahlung geleistet werden, bis allen insgesamt durch den richterlichen Ausspruch die Stelle, wo sie ihre Befriedigung erlangen sollen, angewiesen ist (d). III. Nach den Gesetzen mancher Län-

der laufen von nun an die Zinsen nicht mehr (e). Endlich IV. das jus offerendi kann kein Gläubiger zu seinem Nutzen mehr gebrauchen (f).

a) Von den besonderen Konkursen wird unten ausführlich gehandelt.

b) Mevius P. IV. D. 142. P. VI. Dec. 105. P. VII. Dec. 22. Dec. 40. Brunnemann Processus concursus creditorum, cum notis Strykii Cap. I. §. 8. n. 1.

c) L. 54. D. de judic. L. 12. D. de reb. auct. jud. possid. L. 10. C. de judic. c. 3. de rescript. in 6to. Wernher P. X. Obs. 297. Hellfeld Jurisprudentia forensis. § 1814. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. I. §. 4. 5. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 2. Sam. de Cocceji Jus civile controversum. Lib. XLII. Tit. 5. qu. 16. §. 6. Leyser Spec. 478. M. 8. 9. Gmelin Die Lehre vom materiellen Konkurs der Gläubiger. §. 21. Walther Vincent Wiese Diss. de concursu creditorum lites alibi pendentes non turbante. Rostoch 1789. behauptet: auch nach entstandenem Konkurs müssen, der Regel nach, die anderswo anhängigen Prozesse in dem bisherigen Gericht fortgesetzet und entschieden werden; und nur zum Zweck der Exekution sind sie alsdann an das Konkursgericht zu remittiren, wann das Erkenntniß Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners fordert. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 57 - 70. II. Aufl. S. 720.

d) Brunnemann l. c. n. 5. de Cocceji l. c.

e) Schulin Diss. cit. Meditationes ad selectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico-Baruthini in materia de concursu creditorum. Differ. .. §. 7. 11. Differ. VII. Gmelin a. a. O. §. 37. Mevius P. VII. Dec. 243.

Brun-

Brunnemann l. c. No. 2. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 297.

f) Brunnemann l. c, n. 3. de Cocceji l. c. Mevius P. IV. Decis. 158. Vergl. Hellfeld l. c. §. 1097. Orth Sammlung merkwürdiger Rechtshändel, Thl. V. Abhandl. 3.

§. 152.

Revision dieser Eintheilungen.

Diese den Gesetzen unbekannte ganze Eintheilung, von welcher man unzählbare Rechtsfolgen abhängig machte, erscheint von darum als logisch unrichtig, weil man den Ausdruck Konkurs bald als den Zustand eines verschuldeten Vermögens (in dem imminenten Konkurse) bald als das gerichtliche Verfahren annahm; andere Irrthümer entstanden aus der falschen Behauptung, daß der materielle Konkurs mit der Güterabtretung oder der richterlichen Immission, und der förmliche mit der Ediktalladung anfange. Der ganze Standpunkt einer wichtigen Lehre war durch diese Eintheilung verrückt. Die Gesetze kennen nur die paulianische Klage als eine Folge des verfallenen Vermögensstandes, ohne daß man hierdurch berechtiget wäre, dasjenige, was das Objekt des gerichtlichen Verfahrens werden kann, als das imminente, oder, wie andere sagen, materielle gerichtliche Verfahren zu nennen, oder mit Rechtsfolgen zu betrachten (a).

a) Gönner a. a. O. §. 16. 17. vergl. mit §. 14. über die Darstellung v. Almendingen.

§. 153.

Paulianische Klage.

Um dasjenige, was unter den Wirkungen des sogenannten imminenten Konkurses vorgetragen wurde, nach dem ächten Sinne des römischen Rechtes darzustellen, wird es dienlich seyn, die Sätze von der paulianischen Klage hier kurz zusammenzufassen (a). Sobald nämlich A. das Konkursverfahren seinen Anfang genommen hat, so sind alle zum Nachtheil der Gläubiger unternommene Dispositionen des Schuldners nichtig. Ist hingegen B. nur die Insufficienz des Vermögens der Grund, schädliche Handlungen des Schuldners vor dem Anfang des Konkursfahrens anzufechten, so hat das römische Recht hiefür zwei rescissorische prätorische Rechtsmittel, nämlich die Actio Pauliana und das Interdictum fraudatorium, eingeführt, von welchen das letzte in den Erfordernissen mit dem ersten übereinstimmt. Diese ganze Verordnung gehet nur I. auf Verringerung des Vermögens (§. 146.), und das blose Ausschlagen eines Erwerbs, sogar den Anfall eines ipso jure erworbenen Rechtes, der durch Mißbilligung mit rückwirkender Kraft vernichtet werden kann, ist hierunter nicht begriffen (b). II. Verringerte der Schuldner sein Vermögen, gleichgültig ob die Insolvenz schon vor der verringernden Handlung oder erst durch sie existirte, so können 1) Handlungen, welche der Schuldner in gutem Glauben unternahm, mit der paulianischen Klage nicht angefochten werden; war er aber 2) in bösem Glauben, so können die Gläubiger die schädliche Handlung a) bei einer unentgeldlichen Veräusserung unbedingt, auch wenn der Empfänger ohne Arglist war, anfechten; b) eben dieses findet

statt,

statt, wenn der Schuldner einem Gläubiger, um ihn widerrechtlich zu begünstigen, Zahlung leistet, oder für eine vorhandene Schuld ein Pfandrecht constituirt (§. 147. 148.); c) der Fiscus hat sogar das Vorrecht, jede ihm schädlich gewordene Zahlung, wenn sie auch ohne Arglist, jedoch zur Zeit der Insolvenz geschah, anfechten zu können, d) War die arglistige Veräusserung oneros, so muß der Empfänger, wenn anders nicht der Fiscus klagt, gleichfalls in bösem Glauben gewesen seyn. III. Die Wirkung der paulianischen Klage, welche zu den persönlichen gehört, und gegen einen dritten Besitzer nicht statt findet (c), bestehet in Rescission des schädlichen Geschäfts und Herstellung in den vorigen Stand, wobei 1) der Besitzer in gutem Glauben nur, so weit er bereichert ist, und nur wegen der zur Zeit des Erwerbs hangenden, dann nach der Einlassung erhobenen Früchte, 2) der Besitzer in bösem Glauben aber unbedingt wegen der Sache, ihres Werths, aller gezogenen und vernachläßigten Früchte, so wie des Interesse haftet.

a) größtentheils der Kürze wegen nach Thibaut Pandektenrecht erster Aufl. §. 718. 719.

b) L. 1. §. 6. si quid in fraudem patroni. L. 67. §. 1. ad SC. Trebell. L. 6. pr. quæ in fraudem creditor. Dabelow S. 452. u. ff. behauptet bei einem Erwerbe, worauf der Schuldner ein Recht hatte, das Gegentheil; Glück resp. de Sellentin D. de debitore obærato hereditatem sibi delatam aut legatum relictum bonis ejus a creditoribus possessis omittente. Erlang. 1804. hat die gemeine Meinung dagegen in Schutz genommen, und vor entstandenem Konkurse, soferne von der paulianischen Klage die Rede ist, sind seine Gründe unumstößlich. Vergl. noch oben §. 146. not. a.

c) L. 9. quæ in fraudem creditor. Dabelow S. 390 = 408. Thibaut Versuche B. II. S. 45.

§. 154.

Veranlassung und Entstehungsgrund des Konkursverfahrens.

Jeder Konkurs bringt nicht nur für den Schuldner und die Gläubiger wichtige Rechtsfolgen hervor, sondern er verändert auch die ganze Natur der Rechtsstreitigkeiten, indem er die an sich isolirten Rechtsansprüche in ein Ganzes vereiniget, die sonst unstatthafte subjektive Klagenhäufung zur Nothwendigkeit erhebt, und selbst die Gläubiger, deren jeder nur sein Recht verfolgen kann, unter sich in ein ganz neues Rechtsverhältniß setzt. Schon die Erwägung dieser wichtigen Folgen bewog die Rechtslehrer zu der Warnung, der Richter müsse in Verhängung eines Konkurses die höchste Sorgfalt und Vorsicht anwenden (a), ohne daß sie mit hinreichender Schärfe bestimmt hätten, welches Subjekt eigentlich durch seine Handlungen dem Konkurse seine Existenz geben könne? Bei dieser wichtigen Frage muß man die Veranlassung von dem eigentlichen Entstehungsgrunde unterscheiden. A. Die Veranlassung kann in mancherlei Umständen ruhen: I. Wenn Jemand, der notorisch mit Schulden beladen ist, die Flucht ergreift (b): II. Wenn der Schuldner selbst seine Unzahlbarkeit anzeigt, oder sich der Wohlthat der Güterabtrettung bedienen will. III. Wenn wider einen Gerichtsunterthan sich mehrere Schulden hervorthun, so, daß er allem Ansehen nach sie zu bezahlen nicht vermag: IV. Wenn die Gläubiger den Richter zur Verhängung des Konkurses auffordern. B) Da aber zu einem Konkurse zwei Stücke, Insufficienz

ficienz des Vermögens und Konkurrenz der Gläubiger, erfordert werden, da beide Umstände als Voraussetzungen des Konkurses erst eine Prüfung des Richters und über ihr Daseyn einen richterlichen Ausspruch nothwendig machen, so kann wohl nur dieser Ausspruch des Richters dem Konkurse sein Dasein geben, ohne daß die Veranlassung dieses Ausspruches einen wesentlichen Unterschied hervorbrächte (c), und der wichtige Grundsatz ist erprobt, daß ein Konkurs nur durch einen richterlichen Ausspruch, wie immer sein Anlaß seyn mag, entstehen könne (d).

a) Selbst Danz gab in der vorigen Auflage §. 125. diese Warnung.

b) Einige zählen hieher den Fall, wenn Jemand gestorben ist, dessen Erben und Gläubiger unbekannt sind. Allein, daß hier Versieglung des Vermögens und Ediktalladung statt finden, macht noch keinen Konkurs aus.

c) Daher behaupten alle Rechtslehrer einstimmig, der Richter müsse die Veranlassung zu Eröffnung des Konkurses im Protokoll zu seiner Rechtfertigung bemerken: die wirkliche Erkennung geschehe mittelst eines förmlichen Bescheides, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können. Claproth summar. Prozeß. §. 295. Nettelbladt Anleitung zu der prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 815. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1222. Wernher Obs. P. V. Obs. 87. Gmelin vom mater. Konk. §. 16. Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 1. Brunnemann Concursus creditor. cum notis Stryckii. Cap. I. §. 3. 7.

d) Gönner Handb. a. a. O. §. 7. 8.

§. 155.

§. 155.

Unterscheidung des präparatorischen und des Hauptverfahrens.

Wenn gleich die Eintheilungen des Konkurses in materiellen, formellen und, wie einige wollen, immanenten logisch unrichtig und die Quelle vieler praktischen Irrlehren sind, so bahnt dennoch der vorige §. den Weg zur richtigen Entscheidung jener wichtigen Frage, wenn der Konkurs mit seinen rechtlichen Folgen den Anfang nehmen? Da der Konkurs nur durch einen Akt der richterlichen Reflexion sein Daseyn erhält, welcher eine Prüfung über die Voraussetzungen eines Konkurses vorangehen muß, so lassen sich am Konkursverfahren zwei Epochen unterscheiden, I. das Präliminarverfahren über das Daseyn der Voraussetzungen eines Konkurses, nämlich der Insufficienz des Vermögens und der Gläubigerkonkurrenz: II. Das Hauptverfahren über die Richtigkeit und den Vorzug jeder einzelnen Forderung; jedes von beiden hat seinen eigenthümlichen Zweck, seinen bestimmten Anfang und Ende, seine besondere Folgen; Nur nach diesem Unterschied läßt sich der Anfang des eigentlichen Konkursverfahrens mit seinen Folgen scharf bestimmen (a), und es ist wohl nur ein oberflächliches Urtheil, wenn manche behaupten, dieser Unterschied zwischen präparatorischem- und Hauptverfahren substituire blos andere Worte für die alte Streitfrage.

a) Gönner a. a. O. §. 8. u. ff.

§. 156.

A) Präparatorisches Verfahren, sein Anfang, Ende und Wirkungen.

Das präparatorische oder Präliminarverfahren (a) hat I. zum Objekte eine Prüfung über das Dasein der gesetzlichen Erforderniſſe eines Konkurses, weshalb es 1) in jedem Konkurse vorhanden seyn muß, ob es gleich 2) bald aus wenigen Handlungen (z. B. wenn der Schuldner ohne weiters seine Insolvenz einbekennt) bald 3) aus mehreren Handlungen bestehen kann, wenn der Schuldner die Insufficienz seines Vermögens bestreitet. II. Es beginnt mit dem Augenblick, wo dem Richter Umstände bekannt werden, welche ihm die Sufficienz des schuldnerischen Vermögens zweideutig und daher sein Einschreiten nothwendig machen (b), und endiget mit dem Ausspruche des Richters als dem Resultate seiner Prüfung über die Nothwendigkeit des Konkurses, welcher bei erkannter Insufficienz in dem Decreto de aperiundo concursu bestehet. III. Die Wirkungen dieses präparatorischen Verfahrens von dem Augeblicke an, wo er den Schuldner über seinen Vermögensstand vernimmt, bestehen in folgenden: 1) In Rücksicht der Gläubiger werden nicht nur alle Exekutionen, sondern auch alle Prozesse sistirt, welche nur auf einen provisorischen Zustand abzielen. 2) Der Schuldner bleibt zwar noch Eigenthümer, Besitzer und Verwalter seines Vermögens mit der Befugniß, jede in seinem gewöhnlichen Verkehre liegenden Veräſſerungen vorzunehmen, jedoch werden ihm 3) alle übrige Veräusserungen, Zahlungen, Hypothekbestellungen untersagt, sogar können 4) nach dem Grade der Gefahr Verfügungen eintreten,

ten, um Vermögensverminderungen an leicht durchzubringenden Sachen vorzubeugen. 5) Jedoch hat diese Beschränkung der Disposition des Schuldners nur die Qualität eines Provisoriums, wogegen 6) der Einwurf, daß es zur Ungültigkeit der gegen diesen richterlichen Befehl unternommenen Handlungen an einem äusseren Zeichen mangle, wodurch der Schuldner als veräusserungsunfähig kenntlich gemacht wird, nach den positiven Gesetzen nicht erheblich ist.

a) Gönner a. a. O. §. 21-24.

b) Das bloße Bevorstehen eines Konkurses wegen dem Vermögensverfall hat ausser der paulianischen Klage so wenig Wirkungen, als das Bevorstehen einer Klage.

§. 157.

B) Hauptverfahren, dessen Anfang und Wirkungen.

Das Decretum de aperiundo concursu endiget das präparatorische Verfahren, daher ist I. der Anfang des Hauptverfahrens 1) mit der Publikation dieses Dekretes wider den Schuldner und Gläubiger gesetzt, doch kann 2) in Ansehung der Gläubiger nur die Ediktalladung als die eigentliche Publikation angesehen werden. 3) Der Schuldner kann gegen das Dekret Rechtsmittel ergreifen, welchen zwar die Suspensivkraft in so weit, als er die nothwendigen Sicherungsmaasregeln vereiteln wollte, versagt, auf der andern Seite aber die Sistirung der Inventur, Licitation, Liquidation zugestanden werden muß (a). II. Die Wirkungen (b) bestehen A) in Ansehung des Gemeinschuldners darin, daß er 1) die vorher nur provisorisch beschränkte Disposition über sein Vermögen nunmehr peremtorisch gänzlich verliehrt: 2)

aus

aus dem Besitze seines Vermögens gesetzt, dasselbe unter gerichtliche Verwahrung genommen und alles vorgekehret wird, was zu dessen Verwaltung nothwendig ist; weßhalb 3) alle zum Nachtheil der Masse gereichende Handlungen des Gemeinschuldners als nichtig in sich selbst zerfallen (§. 150.). B) In Ansehung der Gläubiger: 1) diese kommen insoferne in eine Gemeinschaft, als sie die Konkursmasse als das Objekt ihrer Befriedigung betrachten müssen, daher bei allem, was deren Erhaltung und Vermehrung angehet, ein gemeinschaftliches Interesse haben (c): 2) Nunmehr hören alle Prozesse auf, welche ein Gläubiger zu einer ausserordentlichen Rechtshülfe (z. B. Exekutiv- oder Arrestprozeß) wider den Gemeinschuldner erhoben hat (d). 3) Die Verordnung des römischen Rechts, daß ein Gläubiger vor dem andern aus der Masse nicht befriediget werden dürfe (e), ist nur bei chirographarischen Gläubigern wahr, als welche sich nicht blos in der Gemeinschaft, sondern auch in einer gleichen Lage befinden (f).

a) Gönner §. 25. Es ist übrigens ganz gleichgültig, welche Handlung der Richter zur Sicherstellung des Vermögens zuerst vornimmt, denn nur die Publikation des Dekrets über eröffnung des Konkurses ist wesentlich.

b) Vergl. oben §. 150. 151.

c) über die oft mißverstandene aktive und passive Repräsentation Dabelow S. 708-715.

d) Auch Immissionen Puffendorf T. IV. obs. 83. Dabelow S. 680. Gönner §. 15.

e) L. 6. §. 7. quæ in fraudem creditorum.

f) Dabelow S. 680. Leyser spec. 479. in Coroll. Gönner §. 27.

§. 158.

§. 158.

Erläuterung des Satzes: Concursus est judicium universale I. in Rücksicht auf den Gerichtsstand.

Daß des Schuldners gesammtes Vermögen unter seine sämtliche Gläubiger nach rechtlicher Ordnung vertheilt werde, macht den Geist des deutschen Konkurses aus, den man mit den Worten Concursus est judicium universale, in der Allgemeinheit bezeichnet. In Anwendung auf den Gerichtsstand muß I. offenbar ein solcher gewählt werden, in welchem Klagen aller Art statt finden können, und dieser ist kein anderer, als der Gerichtsstand des Wohnorts des Schuldners, oder der an seine Stelle tretende befreite Gerichtsstand (a). II. Diejenigen Richter, unter deren Gerichtszwang Vermögensstücke des Gemeinschuldners sich befinden, werden von dem Konkursrichter ersucht, solche, wenn es bewegliche sind, einzuschicken, oder, wenn es unbewegliche sind, den aus dem Verkaufe derselben gemachten Erlös zu übersenden (b). III. Vermöge der Allgemeinheit des Konkursgerichtes müssen alle erst anhängig zu machende Forderungen im Konkursgerichte ausschliessend angebracht werden; aber IV. zu der Behauptung, daß das Konkursgericht alle schon bei andern Gerichten anhängige Rechtssachen an sich ziehe, um dort in der Lage, worinn sie sich vorher befanden, fortgesetzt zu werden, mangelt es ausser der gemeinen Meinung an einem hinreichenden Grunde (c); auf jeden Fall aber muß dieselbe eine Ausnahme leiden bei jenen Sachen, welche zu einer besondern, dem Konkursgerichte nicht zustehenden, Art von Jurisdiction gehören, oder in der höhern Instanz anhängig sind (d).

a)

a) Brunnemann Proc. Concurs. cred. Cap. I. §. 2. Ludovici Konkursprozeß Kap. I. §. 10 = 14. Hofmann T. R. Prax. Thl. II. §. 1243. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 3. Dabelow S. 716. u. ff.

b) Vergl. unten §. 162.

c) Dabelow S. 720

d) Wiese D. de concursu creditor. lites alibi pendentes non turbante. Rostoch. 1789. Gönner §. 13.

§. 159.

II. In Rücksicht auf das Vermögen.

Die Allgemeinheit des Konkurses wirkt auch in Ansehung des zum Konkurse gehörenden Vermögens dahin, daß I. Alles Vermögen, was die Gläubiger auf ihre Befriedigung zu verwenden berechtiget sind, die Konkursmasse ausmacht, wozu denn II. nicht blos das zur Zeit der Eröffnung vorhandene Vermögen, sondern auch was während des Konkursverfahrens anfällt, gerechnet werden muß (a). III. Wo der Schuldner sich der Wohlthat der Cessio bonorum bediente, da treten zwar in Ansehung des nach der Abtretung anfallenden Vermögens die Wohlthaten der Cession ein, aber in Beziehung auf die im Konkurs nicht aufgetretenen Gläubiger muß auch dieses Vermögen als Theil der Konkursmasse angesehen werden (b).

a) Dabelow a. a. O. S. 587. ff.

b) Wie Gönner a. a. O. §. 11. gegen Dabelow bemerkt.

§ 160.

III. In Rücksicht auf die Gläubiger.

Auch die Gläubiger sind in der Allgemeinheit des Konkurses eingeschlossen. Hierunter sind zwar I. jene Ansprüche nicht begriffen, welche blos die Person als caussæ personalissimæ betreffen, soferne nicht die Leistung des Interesse dabei betrachtet wird (a), aber sie erstreckt sich II. auf alle, welche an das Vermögen des Schuldners aus irgend einem Grunde, es sey dinglich oder persönlich, Anspruch machen (b), sogar III. bedingte oder erst in der Folge zu realisirende, doch jetzt schon begründete Forderungen, wofür ein der künftig möglichen Forderung gleiches Quantum auszusetzen ist, sind darunter begriffen (c). IV. Vindikanten, d. h. jene, welche Theile des schuldnerischen Vermögens als ihr Eigenthum ansprechen, müssen sich bei dem Konkursgerichte melden, nur wegen Dienstbarkeiten auf den Gütern des Schuldners ist dieses nicht nothwendig, wenn nicht die Ladung wegen ihrer allgemeinen Fassung auch darauf passet (d). V. Den Gläubigern, welche mit einem Retentionsrechte versehen sind, besonders den Faustpfand- und antichretischen Gläubigern wollen mehrere Rechtslehrer aus einer sehr schiefen Anwendung der Repräsentation der Gläubiger (§. 157.) den Vorzug beilegen, daß sie sich in den Konkurs einzumischen nicht schuldig seyen, sondern abwarten könnten, bis das Pfand von ihnen abverlangt wird, welches nicht eher als nach bezahlter Schuld geschehen könne (e). Allein da zwischen Hypothek und Faustpfand nur der Namen verschieden ist (f), da hypothekarische Gläubiger sich in den Konkurs einlassen müssen, da ferner in einem Konkurse auch die

Gläu-

Gläubiger unter sich in Berührung stehen, von denen manche die zum Faustpfand gegebene Sache als potiores in pignore entwähren können, wobei sie nicht als Repräsentanten der Konkursmasse mit der actio pigneratitia das Pfand abfordern, so verdient die Meinung den Vorzug, daß auch Faustpfandgläubiger in den Konkurs sich einlassen müssen, und ein Retentionsrecht nicht berücksichtiget werde (g). Auf keinen Fall aber können solche Gläubiger, wenn ihnen auch Landesgesetze einen, dem gemeinen Rechte unbekannten, Vorzug zugestehen, die Ablieferung des Faustpfandes verweigern, um mit Vorbehalt ihres Vorzuges aus dem Erlöse befriediget zu werden (h).

a) Dabelow a. a. O. S. 527. Leyser Spec. 490. med. 4.

b) (Friedr. Carl v. Trützschler) die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipz. 1781. 8. Abschn. II. Abth. I. §. 26. (Derselbe) Versuch einer genauen Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und ableglicher Zinnsen bei entstandenem Konkurs der Gläubiger. Altenburg 1778.

c) Dabelow S. 527. not. l. Trützschler a. a. O. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 4.

d) (Trützschler) a. a. O. §. 31 = 35. Claproth summar. Prozeß. §. 379. Ludovici Konkursprozeß. Kap. XIV. §. 3. 4. Schaumburg Princip. prax. judiciar. Lib. II. Cap. VIII. §. 19. die Gründe wegen den Vindicanten. s. Gönner §. 9.

e) Vergl. oben §. 149. not. e. der neueste Schriftsteller, welcher diese Meinung vertheidiget, ist Happel Vom Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder und antichretischen Versätze bei ausgebrochenem Konkurse. Gießen 1802. 8.

f) Wie L. 5. §. 1. de pignor. wörtlich sagt.

g) Dabelow a. a. O. S. 682. Kind de retentione pignoris in concursu creditorum secundum jus Sexonicum electorale exule. Lipsiæ. 1785. 4. Gönner §. 10.

h) Gönner a. a. O. §. 10. am Ende.

§. 161.

Allgemeiner, besonderer Konkurs.

Der allgemeine Konkurs ist derjenige, welcher die sämtliche, nicht besonders ausgenommene Haabe des Gemeinschuldners begreifet, und unter allen Gläubigern desselben gemein ist. Unter dem besonderen Konkurs hingegen verstehet man denjenigen, der nur auf einen Theil der Güter des Schuldners eingeschränket, und nur unter gewissen Gläubigern desselben anhängig ist (a).

a) Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 12. hat den Partikularkonkurs verworfen, denselben aber in der 11. Aufl. S. 769. angenommen. Vergl. noch Gönner §. 12.

§. 162.

Wenn findet der besondere Konkurs statt?

Die Gesetze haben I. besondere Fälle genannt, in welchen Partikularkonkurse statt finden, namentlich 1) wenn ein Kaufmann an verschiedenen Handelsplätzen besondere Läden, oder am nämlichen Orte verschiedene getrennte Handelsgewerbe getrieben hat, und in Ansehung derselben verschiedene Schulden vorhanden sind (a): 2) bei Gläubigern, welche mit einem Haussohne über militärisches Peculium contrahirten (b): 3) bei Lehen- und Stammgutsgläubigern; 4) bei Gläubigern eines

Erblassers, welche nicht verbunden sind, sich in das Vermögen des Erben einzulassen (c). Allein da II. die Gesetze andere Fälle nicht ausschliessen (d), so tritt so oft ein Partikularkonkurs ein, als eine Gütersabsonderung rechtlich gefordert werden kann (unten §. 174.) III. Daß aber ein Partikularkonkurs dadurch begründet werde, wenn die Güter des Gemeinschuldners in verschiedenen Territorien liegen, ist nicht nur durch neuere reichsgerichtliche Erkenntnisse (e) verworfen, sondern auch der Rechtstheorie deßwegen entgegen, weil jeder Gläubiger, der nach der Qualität seiner Forderung auf eine Separation keinen Anspruch hat, die Realisirung seines Rechtes nicht weiter begehren kann, als hiemit die Forderungen der übrigen Gläubiger bestehen, dieser Punkt aber nur bei dem allgemeinen Konkursgerichte beurtheilt werden kann, und die Lage der verschuldeten Güter die Qualität der Forderungen abzuändern offenbar unfähig ist (f).

a) L. 5. §. 15. 16. de tributor. act.

b) L. 7. de peculio castrensi. L. 9. de separat.

c) L. 1. §. 6. L. 5. de separat.

d) Schmidt von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen. Jena 1788.

e) vom Jahre 1787. 1789. in Gönners jurist. Abh. Thl. II. S. 275.

f) Das Gegentheil behaupten (nebst Danz in der vorigen Aufl. §. 121.) Jo. Aug. Reichardt Diss. de effectu fori concursus creditorum universalis ratione bonorum territorii alieni. Jen. 1775. §. 6. seq. Struben R. B. Thl. I. B. 118. Thl. V. B. 27. Just. Hen. Boehmer Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 414. Leyser Spec. 122. M. 7. Jo. Fr. Wahl Diss. de judice

judice in concursu creditorum competente. Götting. 1750. Gmelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band II. No. IX. §. 61. S. 97 Leonh. Henr. Ludov. Ge. de Canngiesser Decisiones supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani. Tom. I. Decis. 5. Tom. VIII. Decis. 224. — Man sehe dagegen Wolfg. Ad. Schoepf Diss. de concursu creditorum particulari. Tübing. 1753. §. 13-16. Gail Lib. I. Obs. 32. 57. Auch, jedoch unter gewissen Einschränkungen Pufendorf Tom. I. Obs. 217. Rivinus de except. dilat. Cap. 18. n. 5. 6. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap 8. §. 3. Dabelow S. 746-763. Gönner Handb. a. a. O. §. 13. — Mehrere Richter, die den nämlichen Landesherrn über sich erkennen, müssen auf Ersuchen des Richters des Wohnungsortes des Schuldners die unter ihrem Gerichtszwang befindlichen Güter zur allgemeinen Konkursmasse einsenden, und die Gläubiger, welche auf solche Güter Forderungen haben, an den allgemeinen Konkurs verweisen, so daß niemals in einem und demselben Lande die Eröffnung besonderer Konkurse gestattet wird. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 294. Schoepff l. c. §. 16. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 33.

§. 163.

Verschiedenheit zwischen dem allgemeinen und besonderen Konkurs.

Obgleich die allgemeinen Vorschriften des Konkurses auch den Partikularkonkurs treffen, so weicht er dennoch in wesentlichen Punkten vom allgemeinen Konkurse ab (a). 1) Der erste gehet auf das ganze, nicht besonders ausgenommene Vermögen des Gemeinschuldners, ist allen Gläubigern desselben gemein, und kann nur vom Richter seines Wohnungsortes verhängt, und nach dessen Gesetzen entschieden werden; der letzte hingegen

gegen ist auf einen Theil des Vermögens des Schuldners eingeschränkt, nur unter besondern Gläubigern anhängig, und von jenem Richter zu verhängen, in dessen Gerichtszwange sich das separirte Güterkorpus befindet, daher auch nach dessen Gesetzen zu entscheiden. 2) Der erste kann nur dann eintreten, wenn das Vermögen des Gemeinschuldners zur Zahlung seiner Gläubiger nicht zureicht, der Partikularkonkurs aber setzt blos eine respektive Insufficienz des zu separirenden Vermögens voraus (b), wenn gleich die hier unbefriediget gebliebenen Gläubiger aus dem übrigen Vermögen des Schuldners annoch bezahlt werden können. Die Anwendung dieser Sätze auf Nachlaßverträge, verschiedenes Alter der hypothekarischen Forderungen u. d. zeigt das praktische Interesse dieser auch theoretisch richtigen Eintheilung.

a) Schöpff in Diss. cit. §. 21. 22. Schaumburg Princ. prax. jud. Lib. II. Cap. 8. §. 2.

b) Das Gegentheil behauptet Martin Lehrb. des teutsch. gem. Proz. §. 265. man sehe aber Gönner a. a. O. §. 12.

* Dasjenige, was bei einem besonderen Konkurs, nachdem alle zu diesem gehörige Gläubiger befriediget sind, übrig bleibet, muß auf Ersuchen dem allgemeinen Konkursrichter allerdings verabfolget werden. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 294.

** Ein jeder Gläubiger kann, in der Regel, bei dem allgemeinen und besonderen Konkursrichter seiner Forderung wegen zugleich sich melden, vorausgesetzet, daß der letztere nach der Natur der anzustellenden Klage zuständig ist — In einem solchen Fall aber muß ein jeder Richter dafür sorgen, daß ein Gläubiger nicht doppelte Zalung erhalte, und nach Befinden der Umstände kann es daher nothwendig werden, Sicherheitsleistung zu fordern. Schoepff Diss. cit. §. 23.

Claproth a. a. O. Vergl. (Fried. Carl von Trützschler) Die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipzig 1781. Abschn. V. S. 164. folg.

§. 164.

Konkursverfahren I. Präparatorisches.

Das präparatorische Verfahren (§. 156.) kann nach seinem oben angezeigten Zwecke I. sehr kurz seyn, wenn der Konkurs durch eine Handlung des Schuldners, entweder die Cessio bonorum oder Flucht veranlaßt wird; ebenso erscheint es II. abgekürzt, wenn nach den Klagen einiger Gläubiger der Richter die Insolvenz des Schuldners besorgt, ihn darüber constituirt, und dieser seine Insolvenz einbekennt. III. Weitläufiger ist es, wenn der Schuldner bei der Vernehmung über seinen Vermögensstand die Insolvenz läugnet, und den Konkurs von sich abzuwenden sucht. Hier muß der Richter 1) aus den Hypothekenbüchern, Vormundschaftstabellen, Kirchenrechnungen und andern ihm zu Geboth stehenden Materialien, dann den bisherigen Klagen den Schuldenstand erforschen, 2) dem Schuldner eine Vermögensdesignation, mit Angabe der Aktiven und Passiven abfordern: 3) denselben über die Ursache seiner Schulden, und 4) über die Mittel vernehmen, seine Gläubiger theils durch Verkauf der entbehrlichen Stücke zur Zahlung dringender Schulden, theils aus den künftigen Einnahmen, worauf aber nur fruchtbringende Vermögensstücke wirken, zu befriedigen. 5) Diese Angaben des Schuldners prüft der Richter durch pflichtmäßige Vernehmung der Ortsvorsteher, allenfalls wird auch der Schuldentilgungsplan den bekannten Gläubigern zur Erinnerung vorgelegt. IV.

Diese Untersuchung zeigt, ob die Eröffnung des Konkurses nothwendig sey, worauf nach Umständen der Richter diese Präliminaruntersuchung durch einen Ausspruch endiget, indem er 1) entweder, um den Schuldner vom Konkurs zu retten, eine Sequestration seines Vermögens anordnet, oder 2) wo die Sufficienz des Vermögens erhellet, die Ansprüche der Gläubiger als einzelne isolirte Streitigkeiten ihrem Laufe überläßt, oder 3) den Konkurs durch das Dekret de aperiundo Concursu erkennt, wogegen 4) eine Appellation, doch ohne Suspensivkraft statt findet (§. 156.). V. Schon während der Untersuchung können nach dem Grade der Gefahr provisorische Verfügungen zur Sicherstellung des Vermögens geschehen; auch muß VI. wenn die Eröffnung des Konkurses nothwendig scheint, dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden, seine Anträge auf Competenz u. d. zu stellen. VII. Uebrigens verstehet es sich von selbst, daß alles, was im präparatorischen Verfahren vorgehet, zu Protokoll niedergeschrieben werde (a). VIII. Zu eben diesem präparatorischen Verfahren gehören die Mittel, den Konkurs abzuwenden, wovon im Folgenden gehandelt wird.

a) Man sehe hierüber Gönner a. a. O. §. 28. Happel Beobachtungen S. 31-40. über die Art, durch Administration den Schuldner zu retten, besonders Happel Anleitung Abschn. III.

§. 165.

Mittel, den Ausbruch des Konkurses abzuwenden, A) Moratorien, Anstandsbriefe.

Das erste Mittel sind Anstandsbriefe (Indulta moratoria, „eiserne Briefe„ literae induciales.

dilatoriae, respirationis, securitatis) (a), deren Wirkung ist, daß der Schuldner innerhalb eines gewissen Zeitraums von seinen Gläubigern unangefochten gelassen werden muß. I. Das Recht, sie zu ertheilen, stehet dem Landesherrn zu, ein landesherrliches Moratorium verbindet im Lande zwar alle auswärtige Gläubiger, aber übrigens erstreckt es sich nicht über die Gränze seines Landes (b), und es müssen daher diejenigen, die durch das ganze deutsche Reich wirksam seyn sollen, bei dem Reichshofrath nachgesuchet werden, ohne daß eine kammergerichtliche Konkurrenz statt fände, weil die Befugniß Moratorien zu ertheilen zu den kaiserlichen Reservatrechten gehöret (c). II. Wer nun zu einer solchen Befreiung zu gelangen wünschet, muß 1) ein getreues Verzeichniß seines Vermögens und seiner Schulden übergeben (d); 2) bescheinigen, daß er durch Zufälle, deren Abwendung nicht in seiner Gewalt gestanden, in Rückstand seines Vermögens gekommen (e); 3) mit Gründen wahrscheinlich machen, daß er Aussichten habe in der Zwischenzeit sich erholen und seine Schulden tilgen zu können (f) — Alle diese Punkte muß der Regent durch den Richter sorgfältig prüfen, und hierauf das Gesuch entweder abschlagen, oder bessere Bescheinigung auflegen, oder Schreiben um Berichte erkennen (g), oder die Gläubiger vernehmen (h), oder endlich dem Gesuche willfahren (i). III. In dem lezteren Falle ist er an eine gewisse Zahl von Jahren nicht gebunden, sondern bestimmet nach dem Verhältniß der Schuldensumme, des Grades der Wahrscheinlichkeit, welchen der Schuldner in Absicht auf die Verbesserung seiner Lage für sich hat, und anderer Nebenumstände bald eine engere, bald eine kürzere Frist (k), setzet aber auch zugleich die Art und Weise der

zu

zu leistenden Kaution (l) fest, um die Gläubiger während jener Frist sicher zu stellen (m). IV. Moratorien heben keine Rechte auf, sie entfernen aber den Anfang des Verzuges, daher hemmen sie zwar nicht den angefangenen Zinnsenlauf, entfernen aber dessen Anfang (n). V. Ein vom Regenten ertheiltes Moratorium schützt nur gegen die bei dessen Ertheilung vorhandenen, nicht aber gegen die erst nachher entstandenen Schulden (o), doch gegen die ersten unbedingt (p). VI. Den Erben des Schuldners kommen Moratorien nicht zu statten, wohl aber den Bürgen (q). VII. Nach Ablauf der im Moratorium bestimmten Frist ist es zwar erlaubt, um die Erstreckung derselben zu bitten; allein jetzo muß der Richter mit noch größerer Sorgfalt zu Werk gehen, muß untersuchen ob die nämlichen Verhältnisse noch vorhanden seyen, die ihn zu Ertheilung der ersten Frist veranlaßten, und ob der Schuldner von der ihm immittelst gegönnten Schonung guten Gebrauch gemacht habe.

a) J. H. Boehmer de literis respirat. in Exercit. ad Pand. Tom. III. n. 44. C. P. Mühl prakt. Beiträge zu der Rechtslehre von den Moratorien. Mannheim 1798. 2. Bd. 8. Happel Anleitung. Abh. I. Dabelow a. a. O. S. 151. ff.

b) Pufendorf Tom. II. Obs. 22. §. 3.

c) von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. 125. S. 99. Vincenz Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis, Frankfurt und Leipzig 1784. §. 1534. — Auch die Gläubiger können ihrem Schuldner nach Willkühr Fristen (induciæ moratoriæ s. pactum moratorium) ertheilen, und es ist hierzu eine gleichstimmige Entschliessung aller nicht erforderlich, sondern bei einer Verschiedenheit der Stimmen wird nicht auf die Mehrheit der Personen, vielmehr auf die

die Grösse und Beschaffenheit der Forderungen geschehen, ohne daß ein Unterschied zwischen den hypothekarischen Kreditoren und denen, welchen nur eine persönliche Klage zustehet, gemacht wird. L. 7. §. 19. L. 8. D. de pact. L. ult. C. qui bon. ced. possunt. Zuweilen kann ein solcher moratorischer Vergleich mit einem remissorischen (§. 166.) füglich verbunden werden. Moser Reichsständisches Schuldenwesen. Thl. I. S. 322 - 393. Thl. II. S. 241. Thl. I. S. 141. Derselbe Reichsstädtische Regimentsverfassung. S. 297. 298. 303. Maders Sammlung Reichsgerichtlicher Erkenntnisse in Reichsritterschaftlichen Angelegenheiten. Band X. S. 11. Mösers Patriotische Phantasien. Band I. No. 23.

d) de Cramer System. process. imper. §. 2199. 2200.

e) Idem l. c. §. 2201 - 2203. Augsburger Polizei-Reformation von 1548. Tit. 22. (Neue Sammlung der Reichsabschiede. Thl. II. S. 600.)

f) de Cramer l. c. §. 2191 - 2193.

g) Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 91.

h) Billig sollte dieses nie unterlassen werden.

i) de Cramer l. c. §. 2197. 2198. 2209. 2210.

k) Gemeiniglich, besonders nach dem Gerichtsbrauche des Reichshofraths, werden höchstens fünf Jahre verstattet. Sollte kein gewisser Zeitraum in dem Rescript angegeben seyn; so muß der Ertheiler Erläuterung geben, und wenn der Zugang zu dieser Quelle unmöglich gemacht worden wäre; so ist für das Quinquenium zu vermuthen. Pufendorf l. c. §. 5.

l) Nach dem L. 4. C. de prec. imper. offerend. ist eine bürgschaftliche Kaution erforderlich.

m) Gemeiniglich wird Sicherheitsbestellung nur dann aufgeleget, wenn die Gläubiger darum bitten; allein billig erkennet der Richter allezeit von Amtswegen, auch unaufgerufen darauf. de Cramer l. c. §. 2204-2208.

n) de Cramer l. c. §. 294. Sieh. noch: Gmelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band II. No. 12. S. 115. Hanzelly a. a. O. §. 1535. ff. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 296.

o) Boehmer l. c. cap. 5. §. 12.

p) Alle von den Rechtslehrern angenommene Ausnahmen sind willkührlich Boehmer l. c. cap. 3. Mühl a. a. O. §. 68-109. Dabelow S. 502.

q) Dabelow S. 175.

§. 166.

B) Nachlaßverträge.

Das zweite Mittel sind Nachlaßverträge (pacta remissoria), und zwar entweder freiwillige, wenn die gesammten Gläubiger dem Schuldner ungezwungen einen Nachlaß bewilligen, oder nothwendige, wenn einige Gläubiger durch die Einwilligung anderer gezwungen werden, sich einen Nachlaßvertrag gefallen zu lassen (a). Die letztere Art hat die Praxis durch Ausdehnung einer sehr singulären Verordnung des römischen Rechts (b) bei jedem Konkurse angenommen. Hier ist denn I. Grundsatz, daß die Majorität der Gläubiger die Minorität zur Eingehung eines Nachlaßvertrages zwingen kann, wenn sie dabei einen gleichförmigen für alle geltenden Maasstab festsetzt, sowohl vor dem Konkurse, als während desselben, selbst wenn einem Gläubiger seine Forderung bereits zuerkannt ist (c). II. Ein jeder Gläubiger, der über seine Güter frei disponiren darf, wie auch der, welcher von dem Eigenthümer dazu bestellt ist, kann einen solchen Vergleich eingehen. Doch werden der Natur der Sache nach nur die Stimmen derjenigen gezäh-

gezählet, deren Forderungen liquid sind. III. Alle Gläubiger auf einmal zusammenzuberufen, ist nicht nothwendig (d), und die Mehrheit der Stimmen wird hier nach der Quantität und Summe der Forderung eines jeden Gläubigers, die Zinsen mitgerechnet, bestimmt. Sind auf beiden Seiten die Summen einander gleich; so entscheidet die grössere Zahl der Personen, und halten die Summen, und die Zahl der Gläubiger auf beiden Seiten einander das Gleichgewicht, so gibt die gelindere Meinung, diejenige nämlich für den remissorischen Vergleich, den Ausschlag (e). IV. Auch Gläubiger, die mit persönlichen Privilegien versehen sind (f), müssen eben so wie Wechselgläubiger, die weder durch Vertrag noch besondere Gesetze eine Hypothek erlangt haben (g), die Entscheidung nach diesen Grundsätzen sich gefallen lassen. Von den hypothekarischen Gläubigern hingegen lässet sich dieses nur dann behaupten, wann das Vermögen zu ihrer aller Befriedigung nicht zureichet, und sie alle entweder gleiche Rechte und Vorzüge haben; oder die mindere widersprechende Zahl derselben geringere dingliche Rechte genießt, als die übrigen; oder der grössere Theil gleich wichtiger, oder vorzüglicher Pfandgläubiger mit den Gläubigern, welche keine Pfandgerechtigkeit haben, übereinstimmt (h). V. Gewöhnlich lassen die Gläubiger einen gewissen einförmigen Theil ihrer Forderungen fahren, in allen Fällen aber muß der Nachlaß nach einem gewissen angegebenen Verhältnisse genau bestimmt werden (i), und die richterliche Bestätigung ist nur dann erforderlich, wenn die Kreditoren zwiespaltig sind (k). VI. Ist der Vergleich nicht in der Absicht eingegangen worden, daß dem Schuldner etwas von seinem Vermögen übrig bleiben soll (l); so können die Gläubiger ihren verhältnißmäßigen

mäßigen Antheil an demjenigen Ueberschusse, welcher sich in der Folge in dem schuldnerischen Vermögen noch ergiebt, allerdings verlangen, und diejenigen Kreditoren, die in den Nachlaß nicht eingewilliget haben, sondern nur überstimmet worden sind, sind den Schuldner, wenn er in bessere Umstände gekommen ist, in der Folge noch in Anspruch zu nehmen wohl befugt (m).

a) Man sehe hierüber J. H. Boehmer Diss. de pacto remissorio moto concursu. Halæ 1735. (in Exercitat. ad Pand. Tom. V. p. 603.) W. A. Lauterbach Diss. de pacto præjudiciali remissorio majoris partis creditorum. Tübing. 1662. (in Dissertat. Vol. I. No 60. p. 941.) Pau. Chr. Nic. Lembke Diss. de pacto remissorio quoad creditorem non consentientem, ad statut. Lubec. Jen. 1784. Joh. Tob. Richter Processus pacti remissorii juris saxon. elector. kursächsischer Accordsprozeß. Lips. 1758. Karl Friedr. Wilh. Freiherr von Völdernдorf und Warabein Etwas von Nachlaßverträgen (pactis remissoriis) Erlangen 1788. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib II. Cap. 8. §. 5. Jo. Ge. Werenberg Diss. pactum remissorium majoris partis chirographariorum in concursu creditorum non esse juris romani. Halæ 1729. G. Lennep Diss. de pacto quod vocant præjudiciali. Marburg. 1745. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1215. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 296. Franc. Anton. Diederich Tr. de quatuor præcipuis consilii imperialis aulici processibus. Vienn. 1775. §. 48. de Cramer Tom. I. Obs. 264. Moser Reichsständisches Schuldenwesen. Thl. I. S. 656. Johann. Godofr. Bauer Diss. de pacto remissorio ante concursum formalem in foro Saxoniæ Electoralis. Lips. 1755. (in Opuscul. Tom. I. No. 39. p. 405.) Wagler D. de pactis remissoriis cum debitore obærato. Altorf. 1785. Happel Anleit. zum Verfahren, Konkursprozesse abzuwenden. Giessen 1799. Absch. II. Dabelow S. 283. ff. u. S. 558.

b) L.

b) L. 7. §. 17. 19. L. 8. 9. 10. D. de pact. L. 58. §. 1. D. mandati. Leyser Spec. 118. M. 4. Spec. 533. M. 13. Berlich P. II. Decis. 235. 236. Carpzov P. II. Const. 22. Def. 27. seq. Leonh. Henr. Lud. Ge. de Canngiesser Decisiones supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani. Tom. VI. Decis. 127. n. 11-19.

c) Dabelow S. 568 = 572.

d) L. 10. D. de pact. Berlich P. II. Decis. 236. n. 5. seq. Canngiesser l. c. n. 19-23. — Indessen ist doch häufig die Versammlung aller Gläubiger, oder ihrer Bevollmächtigten an einem Orte das beste Mittel zu einem geschwinden und gedeihlichen Vergleiche. Vergl. (Fried. Carl von Trützschler) die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipz. 1781. Abschn. IV. S. 154.

e) Wenn die in dem Termine ausgebliebene Gläubiger entweder allein, oder mit den zwar gegenwärtig gewesenen, aber widersprechenden Gläubigern die Mehrheit der Stimmen ausmachen; so muß diese als entscheidend angesehen werden, da die Einwilligung der Abwesenden im Zweifel sich nicht vermuthen lässet. L. 10. D. de pact.

f) L. 10. D. de pact. de Canngiesser l. c. Tom. XI. Decis. 287. Voetius Com. ad Pand. Lib. II. Tit. 14. §. 29. Das Gegentheil behauptet, in Beziehung auf den L. 58. §. 1. D. mandati Mevius Discuss. levam. inop. debitor. Cap. III. n. 178.

g) de Canngiesser l. c. Tom. VI. Decis. 172. n. 23.

h) Macht der mindere Theil gleich wichtiger, oder vorzüglicher Pfandgläubiger durch seine Verbindung mit solchen Gläubigern, welchen keine Hypothek zustehet, die mehrere Zahl aus; so kann dadurch dem größeren Theil der hypothekarischen Gläubiger kein Nachtheil zuwachsen.

i) de Canngiesser l. c. n. 25. Wagler cit. Diss. de pactis remissoriis §. 13. 14.

k) L.

k) L. 7. §. fin. D. de pact. Berlich P. II. Decis. 236. n. 11. de Canngiesser l. c. n. 24.

l) im Zweifel kann dieses nicht vermuthet werden.

m) Voetius l. c. §. 28. Andere behaupten, auch diejenigen Gläubiger, welche in den Vergleich eingewilliget haben, könnten den Schuldner in der Folge, wenn er in bessere Umstände gekommen, noch belangen. Berlich P. II. Decis. 245. n. 1. Wagler cit. D. §. 16. (*)

* Offenbar ist diese Meynung consequenter, als jene, welche Danz vorträgt, obgleich beide irrig sind. Ein Nachlaßvertrag, der freiwillige, wie der erzwungene, befreiet als eine Schenkung den Schuldner von allen weiteren Ansprüchen, wenn nicht die Gläubiger einen Vorbehalt angehängt haben; es mag ihm aus seinem jetzigen Vermögen etwas übrig bleiben, oder erst nachher ein Vermögen zufallen. Auch kann bei nothwendigen Nachlaßverträgen die Minorität keinen Vorzug haben, da Societätsmäßig ihr Consens in der Majorität enthalten ist. Nur der Betrug des Schuldners kann eine Ausnahme bewirken. Dabelow S. 574. Thibaut Pandektenrecht (1 Ed.) §. 711.

§. 167.

II. Hauptverfahren. Verschiedene Geschäftsarten, welche bei demselben vorkommen.

Der Zwek des Konkursprozesses ist, aus der genüglich bestimmten Vermögensmasse des Gemeinschuldners die Gläubiger nach der geseζlich vorgeschriebenen Ordnung zu befriedigen (§. 155.). Die Beschäftigungen des Richters zu Erzielung dieses Zwekes lassen sich daher füglich unter folgende vier Gesichtspunkte bringen: *A)* zuerst muß er sich beschäftigen mit Bestimmung, Erhaltung und Veräusserung der Konkursmasse Dann hat er *B)* auf die Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten sein Augenmerk zu richten.

Hier-

Hierauf muß er sich C). von dem Vorzugs- und Erstigkeitsrecht der einzelnen Forderungen unterrichten. Endlich D) muß er durch das Lokationsurthel einem jeden Gläubiger die Stelle anweisen, wo er seine Befriedigung erhalten soll — Die einzelne Geschäfte jedoch, die in diese verschiedene Klassen gehören, folgen nicht gerade unmittelbar auf einander, sondern gehen Hand in Hand, und dasjenige muß immer zuerst vorgenommen werden, welches das eiligste ist (a).

a) Vergl. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 298.

A.) Von der Bestimmung, Erhaltung und Veräusserung der Konkursmasse.

§. 168.

Versigelung des Gemeinschuldnerischen Vermögens.

Mit dem Augenblik des erkannten Konkurses kommt der Gantmann in Ansehung seines Vermögens ausser aller Thätigkeit, und unter den Gläubigern wird eine gewisse Gemeinschaft erzeuget §. 157.) vor allen Dingen muß daher dafür gesorget werden, daß von der noch vorhandenen Gütermasse nichts wegkomme. Dieß geschiehet durch eine ungesäumte gerichtliche Versigelung. Der Richter nämlich entweder selbst, oder eine von ihm abgeordnete Deputation begiebt sich in die Wohnung des Gantmannes, und bedeutet hier diesen sowohl, als seine Frau, erwachsene Kinder und Gesinde, daß sie alles, was zum Vermögen gehöret, so anzeigen sollen, wie sie es, auf Verlangen, mittelst Eides zu erhärten im Stande sind. Diesem vorgängig werden

werden 1.) die Baarschaften aufgesuchet, gezählet, nach der Summe und Münzsorte im Protokoll bemerket, und zur gerichtlichen Verwahrung mitgenommen; nicht weniger 2.) alle Briefschaften, Haus- und Handlungsbücher in Paquete zusammen gebunden, versiegelt, und gerichtlich verwahret; auch 3.) dem Schuldner nur die unentbehrlichsten Kleidungsstüke, und nothdürftigen Nahrungsmittel auf einige Tage gelassen (a); ferner 4.) diejenige Sachen, die dem Verderb unterworfen sind, von den übrigen abgesondert, und in dem Protokoll besonders bemerket, damit ihre öffentliche Versteigerung bald möglichst angeordnet werden kann. Eben dieses geschiehet 5.) mit allen übrigen Naturalien, die sich nicht gut verwahren lassen, oder besonders viele Wartung und Aufsicht erfordern. Hierauf bringt man 6.) alle bewegliche Sachen in wohlverwahrte Behältnisse, die so versiegelt werden, daß sie sich nicht, ohne daß man es gewahr wird, öffnen lassen. Bemerket 7.) in dem Protokokoll die Stellen, wo Siegel angeleget worden sind, damit diese bei der Entsiegelung nachgesehen werden können (b). Verzeichnet 8.) unter Angebung aller Kennzeichen diejenigen Sachen in dem Protokoll besonders, die sich unter das Siegel nicht bringen lassen. Schliesset endlich 9.) das ganze Geschäfte damit, daß man allen im Hause wohnenden Leuten aufgiebt, an den gerichtlichen Siegeln sich nicht zu vergreifen, und wenn doch etwa eines, oder das andere abgestossen werden sollte, dem Gerichte unverzüglich davon die Anzeige zu machen.

a) Bittet der Gantmann, ihm an Kleidungsstücken, Geräthschaften u. s. w. mehr zu lassen, als die unumgängliche Nothdurft erfordert; so kann diesem Gesuche

nur

nur dann willfahret werden, wann er hinreichende Bürgschaft bestellet. Doch auch in diesem Falle sind diese Sachen genau zu verzeichnen, und allenfalls nach einem durch Schätzung ausgemittelten Werthe anzuschlagen.

b) So oft in der Folge eine Entsiegelung vorgenommen wird, ist jedesmal in dem Protokoll zu bemerken, ob man die Siegel unverlezt angetroffen, und daß und wo man sie nachher aufs neue angeleget habe. Sieh. überhaupt: Jac. Lembke Diss. de obsignatione judiciali. Rost. 1691. Car. Gottl. Knorr Diss. de obsignatione judiciali. 1722. 1738. Claproth Theoretisch-praktische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. Götting. 1789. Abschn. II. Hauptstück 2. Tit. 15. §. 122. folg. Nettelbladt Anleitung zu der prak. Rechtsgelahrtheit. §. 922. folg.

§. 169.

Fortsetzung.

So bald die gerichtliche Versiegelung vollendet ist, ordnet der Richter die jezo schon nöthigen öffentlichen Versteigerungen an (a), verbietet entweder unmittelbar, oder mittelst der gewöhnlichen Ersuchungsschreiben den Schuldnern des Ganntmannes, diesem, bei Strafe des doppelten Zahlens, keine Zahlung mehr zu leisten, vielmehr alle verfallene Posten von nun an an das Gericht einzuliefern, und macht, wenn die Versiegelung etwa nicht hinreichende Sicherheit gewähren sollte, durch Sezung einer Wache, oder sonst die noch nöthigen Anstalten (b).

a) Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. I. §. 13. Mevius P. II. Decis. 169. P. IV. Decis. 308.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 299-304.

§. 170.

Bestellung eines Güterpflegers.

Ist das Vermögen des Gantmannes so unbedeutend, daß es der Richter entweder selbst, oder durch seine Untergebenen füglich verwalten kann: oder entschliessen sich die sämtlichen Gläubiger zu der gemeinschaftlichen Verwaltung der Masse; so fällt die Bestellung eines besondern Güterpflegers (curator bonorum) von selbst weg (a). Tritt hingegen keines von diesen Verhältnissen ein; so bestellen die Gläubiger nach der Einmüthigkeit, oder Mehrheit der Stimmen einen Gütervertreter (b), und erst dann, wann diese sich nicht vereinigen können, ist der Richter einen zu ernennen befugt (c). Einem der Gläubiger kann dieses Amt gar wohl übertragen werden (d), auch einem Anverwandten des Schuldners (e), selbst seiner Frau, wenn sie hinreichende Sicherheit bestellet (f), niemals aber ihm selbst (g). Auf eine geschikte Person ist vorzüglich Rücksicht zu nehmen, und die Geschiklichkeit lässet sich allein nach der Natur der bei der Verwaltung der Masse vorkommenden Geschäfte beurtheilen. Zuweilen heischen es die Umstände, mehrere Gütervertreter zu bestellen (h), und weil der Kreditorschaft an den Gütern solcher Verwalter kein stillschweigendes Unterpfand zustehet (i); werden sie billig zur Sicherheitsbestellung durch Bürgen, oder Pfänder angehalten, und darneben in Gegenwart der Gläubiger förmlich beeidiget. In der Regel kann niemand zu einer solchen Pflegschaft gezwungen werden (k), und selten fertiget man ein eigenes Kuratorium aus, sondern das über die Bestellung geführte, und mit dem Gerichtssiegel versehene Protokoll vertritt die Stelle desselben (l).

a) L. 1. §. 1. D. de curat. bon. dand. Mevius P. II. Decis. 169. n. 9. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 9. Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. 1. §. 11. Leyser Spec. 491. M. 1. 2. Wo der Richter zugleich die Konkursmasse verwaltet, muß er in seinen Handlungen, welche die Masse angehen, nicht als Depositor, sondern als Güterpflegerb eurtheilt werden. Gönner a. a. O. §. 34.

b) L. 2. pr. L. 5. D. de curatore bonis dando. Es gereichet zur Ersparung der Kosten und Mühe, wenn gleich in der öffentlichen Ladung den sämtlichen Gläubigern aufgegeben wird, daß sie in dem Liquidationstermin einen Gütervertreter in Vorschlag bringen, oder sich gewärtigen sollen, daß von Amtswegen einer auf ihre Gefahr werde ernannt werden.

c) Mevius P. IV. Decis. 257. Carpzov P. I. Const. 28. Def. 8. — Ist das schuldnerische Vermögen von der Art, daß es ohne allen Aufschub einer sorgfältigen Verwaltung bedarf; so kann der Richter vorläufig einen Pfleger wohl bestellen. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 304.

d) L. 2. §. 4. D. de curator. bon. dand.

e) L. 1. §. 23. D. de ventre in possess. mitt.

f) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. IV. §. 4. Schaumburg l. c. Brunnemann l. c. Leyser Spec. 491. M. 3.

g) Schaumburg l. c. Wernher P. VIII. Obs. 435. n. 1. Ludovici a. a. O. §. 2. Andere als Brunnemann l. c. §. 6. Leyser Spec. 491. M. 3. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1828., lassen zwar den Schuldner selbst alsdann zu, wenn er hinreichende Sicherheit bestellet; allein vorerst lässet sich dieses von einem Gantmanne nicht wohl denken, und dann dürfte doch auch durch geleistete Kaution für die Sicherheit der Gläubiger nicht vollkommen gesorget seyn.

h) L. 2. §. 2. 5. L. 3. D. de curatore bon. dand.

i) L.

i) L. 22. §. 1. L. 24. D. de reb. auctor. judic. possidend.

k) L. 2. §. 3 D. de curator. bon. dand.

l) Ludovici a. a. O. §. 5. Claproth a. a. O. §. 305 = 308.

§. 171.

Amt und Pflichten des Güterpflegers.

Im allgemeinen hat der Gütervertreter alle diejenigen Rechte und Pflichten, die dem Pfleger eines Minderjährigen auch zustehen, und obliegen. Er hat daher 1.) vor allen Dingen die Verfertigung eines Güterverzeichnisses zu besorgen; muß 2.) alle gerichtliche und aussergerichtliche Handlungen, die die Berichtigung der Konkursmasse bezweken, verrichten; auch 3.) das ganze Vermögen zum Besten der Kreditorschaft nach den Pflichten eines guten Hausvaters verwalten, und von dieser seiner Verwaltung billig jährlich Rechnung ablegen; er darf 4.) eine Disposition über die Güter sich allein nicht anmassen, ohne Einwilligung der Gläubiger, oder wenigstens Vorwissen des Richters daher nichts veräussern, keinem der Gläubiger, ohne vorgängiges richterliches Dekret, Zahlungen leisten u. s. w.; endlich 5.) hat derselbe seiner Zeit die Güter behörig zur Veräusserung zu bringen, und die daraus erlöseten Gelder zu erheben — Alle andere Geschäfte hingegen, die auf die Verwaltung der Konkursmasse keine Beziehung haben, liegen ganz ausser den Gränzen seiner Obliegenheiten, er darf sich daher z. B. um die einzelne Schulden, die bei dem Konkurs liquidirt worden sind, um den Vorzug der Gläubiger unter einander, um die gesuchte Stundung oder Erlas-

sung eines Theiles der Forderungen u. s. w. durchaus nicht bekümmern (a) — Umsonst übrigens ist der Kurator zu dienen nicht schuldig, es ist aber der Kreditorschaft vorträglicher, wenn alle seine Arbeiten ihm einzeln bezahlet, oder ihm für seine Bemühungen überhaupt im Ganzen etwas gewisses ausgesezet wird, als wenn man ihm einen jährlichen Gehalt auswirft (b).

a) Pufendorf Tom. I. Obs. 177. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 308. 309.

b) Joh. Heinr. Stepfs Systematische Lehre vom Kontradiktor bei einem förmlichen Schuldwesen über das Vermögen sowohl unmittelbarer, als mittelbarer Personen. Nürnberg 1791. §. 191. 192. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 17. (II. Aufl. S. 579.)

§. 172.

Verfertigung des Güterverzeichnisses.

Das erste Geschäft des Güterpflegers nach seiner Bestellung ist die Sorge für die Errichtung eines Güterverzeichnisses. Unter öffentlichem Ansehen muß dieß verfertiget werden (a), und der Kurator kann eben so wenig, als der Vormund eines Unmündigen, oder Minderjährigen den Mangel desselben durch eine eidliche Specifikation ersezen (b). Vor der Inventur bemerket man zum Protokoll, ob man alle angelegte Siegel unverlezt, und alle ausser der Versiegelung gebliebene Sachen wieder gefunden habe, erinnert auch den Gantmann, seine Gattin, Kinder und übrige Hausgenossen nochmals nachdrüklich, alle zu der Konkursmasse gehörige, ihnen bekannte Güterstüke so anzugeben, wie sie es mittelst des von ihnen vielleicht gefordert

fordert werdenden Offenbarungseides bestärken könnten (c). Diesem allem vorgängig schreitet man dann endlich zu der Aufzeichnung selbst (d).

a) Der Gütervertreter erbittet sich eine Gerichtsdeputation, oder wenn er diese nicht erhalten kann, ziehet er einen Notar und Zeugen zu, kann allenfalls zu seiner Sicherheit auch darauf antragen, daß einige Gläubiger ihm beygegeben werden sollen.

b) Car. Frider. Walch Diss. de jurata specificatione loco inventarii exhibita. Jen. 1790. §. 7. 8. Wernher P. IX. Obs. 87. Andr. Homberg Consil. et respons. Helmstadiens. Consil. 118. p. 397. Einige ältere sächsische Rechtsgelehrte behaupten das Gegentheil. Carpzov P. II. Const. 11. Def. 6. Richter P. I. Decis. 58. Brunnemann Process. concurs. credit. cum notis Strykii Cap. I. §. 11. Not. b.

c) L. ultim. §. 10. C. de jure deliber. Jul. Frid. Malblanc Doctrina de jurejurando. §. 48. Ant. Phil. Glok Diss. de juramento manifestationis. Argentor. 1717. Jo. Henr. Conradi Diss. de juramento manifestationis. Marb. 1723. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 314. 315.

d) Claproth Theoretisch-praktische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. Göttingen 1789. Abschn. II. Hauptst. 2. Tit. 15. §. 122. folg. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 926. folg.

§. 173.

Berichtigung der Konkursmasse durch Beitreibung deßjenigen, was davon abgekommen ist.

Es liegt dem Gütervertreter ob, die Konkursmasse durch Beitreibung all derjenigen Güterstüke, die davon abgekommen sind, zu berichtigen. Er muß daher 1.)

erforschen, ob nicht der Gemeinschuldner, oder eines seiner Hausgenossen etwas unterschlagen hat, und wenn er das entdeket, das Entwendete wieder herbei zu bringen sich bemühen; sodann 2.) dasjenige zurückfordern, was der Gantmann widerrechtlich veräussert, oder aus Begünstigung einem Gläubiger bezahlet, oder zum Pfand hingegeben hat; nebst dem 3.) nicht nur die ausstehenden Schulden beitreiben, sondern auch alles einfordern, was zu der Vermögensmasse gehöret, und nur in andern Händen gegenwärtig sich befindet, was z. B. ausgeliehen, zur Verwahrung gegeben, verpfändet worden ist u. s. w. (a).

a) Sieh. noch über alle diese Säze: Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 314-320. §. 325. 326. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 84-97.

§. 174.

Berichtigung der Konkursmasse durch Absonderung deßjenigen, was zu derselben nicht gehöret.

Die Konkursmasse kann so lange für berichtiget nicht angesehen werden, als nicht alles dasjenige, was zu derselben nicht gehöret, davon abgesondert ist. Es lieget daher dem Gütervertreter ob, auch hierauf seine Aufmerksamkeit zu richten, und die Rechte der Kreditorschaft nach Kräften zu wahren. So sind I.) diejenige, die ihre unter dem Vermögen des Gantmannes befindliche Sachen oder Rechte mittelst der Eigenthums- oder einer andern dinglichen Klage, die Pfandschaftsklage allein ausgenommen, wenn sie auf ein Unterpfand, das erst der Schuldner bestellet hat, sich gründet, verfolgen können, mit den eigentlichen Gläubigern, welche

che blos persönliche Klagen anstellen, in eine Gemeinschaft zu treten nicht schuldig, vielmehr berechtiget, das Ihrige ohne weitere Einmischung in den Konkurs, ausser demselben zu fordern (a). Eben so können II.) die Gläubiger eines verschuldeten Kaufmannes, welcher an verschiedenen Handelsplätzen, oder auch an dem nämlichen Orte besondere Läden gehabt, oder verschiedene Handlungen getrieben, und in Ansehung dieser verschiedenen Schulden gemacht hat (b); nicht weniger III.) die Kreditoren eines Haussohnes, die demselben in Ansehung seines Soldatensondergutes (peculii castrensis) Darlehen vorgestrekt haben (c); wie auch IV.) die Gläubiger, die mit dem Schuldner in Ansehung der Lehen, die er besizet (d), kontrahirt haben (e), eine Absonderung des Vermögens dahin verlangen, daß sie, ohne in eine vollkommene Gemeinschaft mit allen Gläubigern zu treten, aus denjenigen Gütern befriediget werden, in Ansehung welcher sie eigentlich kreditiret haben. Endlich sind V.) die Gläubiger (f) eines Erblassers mit den Kreditoren des Erben in Gemeinschaft zu treten nicht verbunden, sondern können, mit Ausschluß der lezteren, ihre Befriedigung aus dem Vermögen des ersteren verlangen (g). Nur denjenigen jedoch, die ausdrüklich darum bitten, kommt diese Rechtswohlthat zu statten (h), binnen fünf Jahren, von Zeit der angetretenen Erbschaft an gerechnet, muß dieselbe nachgesuchet werden (i), sie gehet verlohren durch Novation, wenn nämlich die Kreditoren des Erblassers ausdrüklich (k) dem Erben Kredit gegeben haben (l), und hat die Wirkung, daß die Gläubiger des Erblassers an das Vermögen des Erben nun keine Ansprache mehr machen können (m), alles hingegen,

gen, was nach der Befriedigung jener übrig bleibet, der Kreditorschaft des Erben zu gute kommt (n).

a) Joh. Heinr. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 97 = 100. §. 153 = 166. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. IX. Brunnemann Processſ. concurſ. creditor. cum notis Strykii Cap. V. §. 5. ſeq. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 8. Leyſer Spec. 479. M. 1. 2. Christian Gottlieb Gmelin Die Ordnung der Gläubiger bei dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantprozesse, nach den gemeinen und Wirtembergischen Rechten. Frankfurt und Leipzig 1783. (vierte Aufl. Ulm 1795.) Kap. I. S. 11 = 71. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1266. 1267. Jo. Frid. Ga. Schulin Meditationes ad ſelectas quasdam differentias juris communis et Brandenburgico-Baruthini in materia de concurſu creditorum. Mogunt. 1787. Differ. II. III. IV. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 18 = 27. Thl. III. §. 351. folg. (11. Aufl. S. 325.) Auch die Frau gehört oft hieher. Pfitzer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer. 2. Bd. 8.

b) L. 5. §. 15. 16. D. de tribut. action. Brunnemann ad h. l. n. 2. ſeq. Idem Proceſſ. concurſ. cred. cum notis Strykii Cap. V. §. 13. Not. f. Struv Exercitat. 20. Th. 46. Exerc. 54. Th. 66. ibique Müller in addition. Ludovici a. a. O. Kap. XI. §. 7. Schaumburg l. c. Schilter Exerc. 27. Th. 51. Wolfg. Ad. Schoepff Diſſ. de concurſu creditorum particulari. Tübing 1753. §. 9. pag. 26. Orth Sammlung merkwürdiger Rechtshändel. Thl. VIII. Abh. 3. §. 9. Joh. Ludw. Schmidt Abhandlung von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen. Jena 1788. Thl. 2. §. 35. S. 107. 108. Andere bleiben bei den Worten jener Gesezstellen stehen, beschränken daher ihre Verordnung auf Haussöhne und Knechte, und wollen ihre Ausdehnung auf perſonas ſui juris nicht

nicht zulassen. Schoepff l. c. §. 7. 8. Orth a. a. O. §. 15. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XIV. Tit. 4. §. 5.

c) L. 7. D. de peculio castrensi. L. 1. §. 9. D. de separat. Schoepff l. c. §. 7. No. III. Ludovici a. a. O. §. 11. Schmidt a. a. O. §. 38. Aug. Corn. Stockmann Diss. de separationibus edicto prætoris haud concessis. Lipsiæ. 1788. §. 2.

d) Eben dieses kann in Ansehung der Stammgüter, wie auch vieler Arten von Bauerngütern, eintreten.

e) Stepf a. a. O. §. 101. 102. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 320. Schoepff Diss. cit. §. 12. Ge. Lud. Boehmer Principia juris feudalis præsertim Longobardici quod per Germaniam obtinet Goetting. 1789 §. 322. Jo. Aug. Hellfeld Diss. de jure creditorum vasalli in percipienda ex fructibus feudi solutione. Jen. 1762. (in Opuscul. jur. civil. priv. No. 23. p. 533.) Idem Diss. de jure creditorum allodialium intuitu feudi et concursus feudalis. Jen. 1755. (in Opuscul. jur. civil. priv. No. 22. p. 505.) Joh. Aug. Reuß Teutsche Staatskanzley. Thl. XVII. Abschn. 10. S. 306.

f) Das nämliche gilt von all denjenigen, die nach dem Willen des Erblassers von dem Erben etwas zu fordern ein vollkommenes Recht haben. Z. B. von Vermächtniß - und Fideikommißnehmern. L. 6. D. de separat. Mevius P. VII. Decis. 246.

g) L. 1. §. 1-9. D. de separat. Wernher P. VII. Obs. 4. 6. Claproth a. a. O. §. 321.

h) L. 1. §. 1. 16. D. de separat. Wernher P. VII. Obs. 4. n. 24. Struben R. B. Thl. IV. B. 101. Schmidt a. a. O. §. 1.

i) L. 1. §. 13. D. de separat. Wenn jedoch die Separation leicht und möglich, das ist, wenn die Verschiedenheit der Güter entweder kundbar, oder doch auf irgend eine Art, z. B. durch ein Güterverzeichniß erweislich

weislich ist; so fällt die fünfjährige Verjährung weg. L. 12. 14. D. de separat. W. A. Lauterbach Diss. de separatione. Cap. I. Th. 2. Cap. II. Th. 3. (in Diss. Vol. 3. Diss. 126.) Wildvogel Resp. 147. n. 34. seq. Struv Exerc. 44. Th. 62. Mevius P. III Decis. 331. Orth a. a. O. Thl. IV. Abhandl. 3. §. 29. Andere wollen in jedem Fall auf die gesezliche fünf Jahre genau gesehen wissen. Wernher P. VII. Obs. 5.

k) Eine ausdrückliche Erklärung ist nothwendig, und nicht einmal die stärksten Vermuthungen reichen hin. L. 8. C. de novation. So kann z. B. von einem Gläubiger, der sich von dem Erben schlechthin Sicherheit hat bestellen lassen, oder Zinsen angenommen hat, nicht gesagt werden, daß er sich durch diese Handlungen des Absonderungsrechts verlustig gemacht habe. Brunnemann Centur. IV. Dec. 42. n. 4. Orth a. a. O. Thl. IV. Abhandl. 3. §. 30.

l) L. 1. §. 10. 11. L. 15. D. de separat.

m) Diese Regel findet dann keine Anwendung, wann 1) die Güter des Bürgen, von den Gütern des Hauptschuldners, der des ersteren Erbe war, abgesondert worden sind. L. 3. §. 1. D. de separat. 2) wenn die Gläubiger des Erblassers aus Uebereilung um die Absonderung gebeten haben, und rechtmäßige Ursachen ihres Irrthums anführen. L. 1. §. 17. L. 3. §. 2. D. de separat.

n) L. 5. D. de separat. Sieh. noch: Hellfeld Jurisprud. for. § 1823. seq. Schaumburg l. c. Ludovici a. a. O. §. 1-6. Schoepff l. c. §. 11. Leyser Spec. 489. M. 1. seq. A. P. Frick Libell. singul. de debitoris demortui creditoribus hypothecariis ad separationis beneficium admittendis. Helmstad. 1783.

§. 175.

§. 175.

Verwaltung des Konkursvermögens bis zu der Veräusserung desselben.

Es liegt dem Güterpfleger ob, das ihm anvertraute Vermögen des Gantmannes zum Besten der Kreditorschaft nach den Pflichten eines guten Hausvaters zu verwalten. Er muß daher die Grundstüke durch Verpachtung und Vermiethung (a), oder eigene Benuzung (b), und die vorräthigen Gelder durch Verborgung auf Zinsen zum Besten der Masse administriren, allen Aufwand, und ausserwesentliche Ausgaben vermeiden, auch wichtige, zweifelhafte Fälle entweder den Gläubigern zur Entscheidung, oder dem Richter zur Ertheilung der nöthigen Verhaltungsbefehle vorlegen, und, billig alle Jahre, ordentliche Rechnung stellen (c).

a) Es ist räthlich, dergleichen Verpachtungen nicht anders, als entweder mit Vorwissen der Gläubiger, oder doch mittelst öffentlicher Versteigerung vorzunehmen.

b) Die Verpachtungen sowohl als Miethungen des Gantmannes hören des ausgebrochenen Konkurses wegen nicht auf. L. 8. §. 1. D. de reb. auctor. jud. possidend. Frid. Christ. Franc. Engelschall s. Rudolph. Christoph. Henne (oder eigentlich) Christ. Frid. Imm. Schorch Diss. an creditores orto concursu conductionem debitoris, qui bonis cessit, continuare teneantur? Erf. 1774. (et in Opuscul. Erford 1791. No. IX. p. 329.) Andere, als Ge. Lud. Boehmer Progr. de jure circa conductionem orto adversus conductorem obæratum concursu (in Elect. jur. civil. Exerc. XI.), behaupten, wenn der Miethmann in Konkurs verfalle; so höre der Kontrakt auf. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I.

I. §. 48-53. (II. Aufl. S. 279.) welche Meinung auch den Vorzug verdient.

c) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 322. 323. 326. 327.

§. 176.

Veräusserung des Konkursvermögens.

Wegen der mit der Verwaltung des Vermögens für die Kreditorschaft verbundenen Kosten und Gefahr, muß, so bald es thunlich ist, zur Veräusserung geschritten werden. Ohne Einwilligung, wenigstens des grössern Theiles der Gläubiger, ist es dem Gütervertreter nicht erlaubt einen aussergerichtlichen Verkauf vorzunehmen (a), sondern die Auktion sowohl der beweglichen Sachen, als die Subhastation der unbeweglichen Güterstüke muß unter richterlichem Ansehen vollzogen, ein besonderes Protokoll darüber geführet, und dieses nach der Ordnung des Güterverzeichnisses eingerichtet werden. Gläubiger, auch hypothekarische können bei solchen Versteigerungen als Käufer auftreten (b), aber das Kaufgeld müssen sie, wie ein jeder anderer zahlen, und können auf Kompensation nur dann sich berufen, wann ihre Forderungen ganz liquid sind, und darüber, daß sie aus der Masse werden bezahlet werden, ganz kein Zweifel ist (c).

a) L. 1. 2. 3. D. de fide et jure hastæ fiscalis. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XLII. Tit. 5. §. 10. Voetius Lib. XLII. Tit. 5. §. 2. Pufendorf Tom. III. Obs. 69.

b) L. 16. D. de reb. auctor. judic. possidend. L. 2. C. si in causa judicati. Jo. Christ. Koch Diss. de creditore hypothecario licitatore in subhastatione hypothecæ non excludendo. Giess. 1774. §. 15.

§. 15. seq. Carpzov P. I. Const. 32. Def. 51. n. 7. seq. Berlich P. I. C. 81. n. 164. Brunnemann ad L. 2. C. si in causa jud. Anton Faber ad Cod. Lib. VIII. Tit. XVII. D. 2. n. 1. Joan. Philippi de Subhastat. Cap. III. Com. 7. n. 17. Jeder Gläubiger gehet andern Käufern, die gleiche Bedingungen anbieten, vor, und unter mehreren Gläubigern hat derjenige den Vorzug, der die stärkste Forderung einzuklagen hat. L. 16. D. de reb. auctor. judic. possidend.

c) Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. VII. §. 10. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 10. Berger Electa disceptat. forens. p. 348. Mevius P. III. Dec. 88. Leyser Spec. 173. M. 4. Car. Frid. Walch Diss. de compensatione creditorum in concursu. Jen. 1764. Sieh. noch: Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 325. Derselbe Theoretisch-praktische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. Göttingen 1789. Abschn. II. Hauptst. 2. Tit. 14. §. 116. folg.

B.) Von der Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten.

§. 177.

Erlassung der Ediktalladung.

Während dem, daß die Konkursmasse berichtiget wird, hat der Richter zugleich auf die Richtigkeit und Liquidititát der einzelnen Schuldposten sein Augenmerk zu richten. Damit nun die Gläubiger in den Stand gesezet werden, ihre Ansprüche an den Gemeinschuldner behörig verfolgen zu können, muß vor allen Dingen die öffentliche Ladung bald möglichst ergehen. (*) In der Regel darf diese durchaus nicht unter-

laſſen

lassen werden, ohne sie sind die Kreditoren gegen künftige Ansprüche nicht gesichert, und der Richter sezet sich grosser Verantwortung aus. Nur dann kann sie allenfalls wegbleiben, wann aller Wahrscheinlichkeit nach unbekannte Gläubiger gar nicht vorhanden sind, wann z. B. der Gantmann sein Vermögen den Gläubigern abtritt, und ein vollständiges, eidlich bestärktes Güterverzeichniß zugleich mit übergiebt. Doch auch selbst in diesem Falle ist es räthlich, denjenigen Gläubigern, die ihre Befriedigung erhalten, Sicherheitsleistung dahin abzufordern, daß, wenn mit vorzüglicheren Gerechtsamen versehene Kreditoren in der Folge sich noch melden sollten, sie das Empfangene wieder erstatten wollen (a) — Nicht nur in dem Gerichtsbezirk des Konkursrichters übrigens, und in zwei verschiedener Herrn Landen (b), oder doch in zweien verschiedenen Gerichtsbezirken (c), muß die Ediktalladung an einem öffentlichen Orte angeschlagen, sondern in sehr vielen Ländern auch noch in eine Zeitung, oder ein anderes öffentliches Blatt eingerüket werden (d). Der Kürze wegen ist es räthlich, gleich auf einmal drei Termine, deren Dauer der Richter nach seinem Ermessen bestimmt, anzuberaumen (e), und alsdann können auch sogleich diejenigen, die in dem Termin nicht erscheinen, mit der Abweisung von diesem Konkurs bedrohet werden (f)

* Gönner a. a. O. §. 29. Dabelow S. 519.

a) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. III. §. 2. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 4. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 329. 330. 336. von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. XI. Abhandl. 3. Thl. XXII. S. 127. Idem Tom. I. Obs. 221. p. 520.

b)

b) Berger Electa disceptat. forens. pag. 1740. Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. II. §. 10.

c) Gribner Princip. process. judiciarii. Lib. II. Cap. IX. §. 2.

d) Schaumburg l. c. Claproth a. a. O. §. 334. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 94.

e) Schaumburg l. c. Ludovici a. a. O. §. 9. 10. 12. 13. 14. Brunnemann l. c. §. 3. Meine Grundsätze rc. §. 100.

f) Claproth a. a. O. §. 331. Es ist unschiklich, die Ungehorsamen mit Auflegung eines ewigen Stilleschweigens zu bedrohen. Pufendorf Tom. I. Obs. 176. Sieh. überhaupt noch: (Friedrich Karl von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipz. 1781. Abschn. II. Abtheil. 1. §. 12. folg.

§. 178.

Privatladung.

Die Ediktalladung, als eine subsidiarische (a) bindet diejenigen Gläubiger, die ihrer Forderungen wegen sich schon gemeldet, oder die der Schuldner angegeben hat, kurz — die bekannten nicht, an diese muß eine Privatladung ergehen (b). Es ist jedoch nicht nothwendig, für jeden einzelnen Gläubiger eine eigene Ladung auszufertigen, sondern ein und dasselbe Exemplar wird füglich allen bekannten Kreditoren, die an dem nämlichem Orte sich befinden, durch einen Umlauf mitgetheilet (c).

a) Meine Grundsätze rc. §. 94.

b) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 4. Brunnemann Process. concurs. creditor. cum. not. Strykii Cap. II. §. 2.

§. 2. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. III. §. 3 - 9. Frider. Guil. Tafinger Institutiones jurisprudentiæ cameralis. §. 882. Andere halten die bloße Ediktalladung für hinreichend. de Cocceji Jus civ. controv. Lib. XLII. Tit. 5. qu. 16. §. 11. Andere halten die Privatladungen wenigstens dann für entbehrlich, wann die Zahl der bekannten Gläubiger sehr groß ist, viele davon entfernt sind, und also die Insinuation besonderer Ladungen mit großer Beschwerlichkeit verknüpft wäre. Mevius P. VIII. Decis. 251. n. 3. 5. Vergl. noch: (Friedrich Karl von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Abschn. II. Abth. I. §. 16 - 21. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. §. 158. folg. (II. Aufl. S. 531.) hält diese blos durch die Praxis eingeführte Privatladung für überflüssig. Wer Creditor ad acta notus sey, darüber s. Gönner §. 30.

c) Ludovici a. a. O. §. 14. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozeße. §. 333. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 114.

* Gläubiger, die unter einer gewissen, noch nicht eingetretenen Bedingung, eine Forderung zu machen haben, wie auch diejenigen, die ihre Ansprache erst nach Ablauf einer gewissen Zeit verfolgen können, müssen, wie andere, an dem anberaumten Termine erscheinen, und ihre Zuständigkeiten behörig ausführen. L. 4. D. de separat. Brunnemann l. c. §. 7. Christ. Gottl. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Einleit. §. 4.

** Diejenigen, die ihre unter dem Vermögen des Gantmannes befindliche Sachen, oder Rechte mittelst der Eigenthums- oder einer andern dinglichen Klage verfolgen können, brauchen an die an die Gläubiger erlassene Ladung sich nicht zu kehren, sondern sind, wenn auch der in dieser anberaumte Termin verstrichen ist, ihre Gerechtsame zu verfolgen noch wohl befugt. Gmelin a. a. O. Kap. I. §. 17. Brunnemann l. c. §. 8.

§. 179.

§. 179.

Bestellung des Kontradiktors.

Ein Gantmann, der durch den ausgebrochenen Konkurs in Rücksicht seines Vermögens ausser aller Thätigkeit gesezet ist, kann eben so wenig, als ein gerichtlich erklärter Verschwender auf die gegen ihn eingeklagten Schuldforderungen gerichtlich antworten (a). Ausserdem tritt nicht selten der Fall ein, daß derselbe gestorben, oder entwichen ist, und es läßt sich nach unserer Gerichtsverfassung, besonders bei weitläufigen und verwikelten Konkursen, nicht erwarten, daß der Richter von Amtswegen bei allen einzelnen Posten die Stelle des Schuldners vertreten, und die Richtigkeit derselben mit der höchsten Sorgfalt untersuchen werde. Der Gerichtsbrauch, und die diesem zu Hülfe kommende Lehre der Rechtsgelehrten haben es daher eingeführet (b), daß bei allen nur einiger massen wichtigen und weitläufigen Konkursen (c) eine eigene Person (d) bestellet wird, die im Namen des Gemeinschuldners allen Gläubigern auf ihre Forderungen und Ansprüche antwortet, die nöthigen Einreden entgegen sezet und überhaupt alles das besorget, was die Schuldenrichtigkeit angehet. Diese Person heißt dann Kontradiktor, - Konkursvertreter (curator litis) — (e). Bisweilen werden der Weitläufigkeit der Geschäfte, oder anderer besonderer Verhältnisse wegen mehrere bestellt (f), und von dem Gütervertreter sind dieselben wesentlich verschieden. Diesem liegen alle diejenigen gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfte ob, welche die Berichtigung der Konkursmasse betreffen, jene hingegen treten an die Stelle des Gemeinschuldners bei Untersuchung der Richtigkeit der einzelnen eingeklagten Forderungen (g).

a) L.

a) L. 17. pr. D. de recept. et qui arbitr. receper. L. 14. D. de rebus auctor. judic. possidend. L. 7. §. 2. D. de jure deliber.

b) Weder das römische, noch das kanonische Recht verordnet etwas von einem Kontradiktor. Wahrscheinlich jedoch ist es, daß bei den Römern die Prüfung der Schuldenrichtigkeit dem Gütervertreter zugleich mit übertragen gewesen ist. L. 2. §. 1. 2. L. 3. D. de curat. bon. dand. Joh. Heinr. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor bei einem förmlichen Schuldenwesen über das Vermögen sowohl mittelbarer als unmittelbarer Personen. Nürnberg 1791. §. 6 = 12. Eberh. Christ. Canz Diss. de contradictore in concursu creditorum. Tübing. 1769. §. 4.

c) Ist die schuldnerische Haabe sehr unbedeutend, oder kommen bei den einzelnen Forderungen keine Zweifel von Erheblichkeit vor; so würde es eine unerlaubte Beschwerung der Konkursmasse seyn, wenn ein eigener Kontradiktor bestellt werden wollte. Der Richter besorget alsdann das nöthige von Amtswegen, und ziehet von dem Schuldner selbst, oder dessen Gattin, erwachsenen Kindern, die er deßwegen besonders beeidiget, die nöthigen Nachrichten ein, um bei Untersuchung der Schuldenrichtigkeit die Nothdurft wahren zu können. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 337. Stepf a. a. O. §. 31 = 35. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. VIII. §. 11. Canz l. c. §. 11.

d) Zu Ersparung der Kosten wird dem Gütervertreter nicht selten auch das Kontradiktoramt übertragen.

e) Andere Bedeutungen des Worts Kontradiktor gehören nicht hieher. Sieh. davon Stepf a. a. O. §. 20. folg.

f) Stepf a. a. O. §. 25. 26.

g) Stepf a. a. O. §. 27 = 31. Jo. Frid. Hertel Diss. de differentiis curatoris litis et bonorum. Jen. 1738.

§. 180.

§. 180.

Fortsetzung.

Der Konkursvertreter muß, wie der Begriff desselben schon lehret, 1.) alle diejenigen Eigenschaften an sich haben, die zu Uebernahme des Fürsprecheramts tüchtig machen (a). 2) Trifft den Gantmann kein besonderer Verdacht einer böslichen Absicht, besizet er auch sonst die erforderlichen Kenntnisse; so ist kein Grund, warum er nicht, verstehet sich jedoch, nach vorgängiger besonderer Beeidigung, zum Kontradiktor sollte bestellet werden können (b). 3) Einem Gläubiger vertraue man das Amt eines Konkursvertreters nicht gerne an, ohngeachtet er in Ansehung der übrigen Forderungen, die seinige ausgenommen, für unfähig zur Uebernahme desselben nicht geachtet werden kann (c) — Vorschlagen darf der Gantmann eine gewisse Person zum Konkursvertreter, und der Richter nimmt billig auf diese besondere Rüksicht (d). Auch die Gläubiger sind, wenn der Gemeinschuldner entweder nicht anwesend ist, oder keinen Vorschlag thun will, einen zu benennen befugt (e); aber die Bestätigung von Seiten des Konkursrichters ist in einem, wie in dem andern Falle nothwendig, und diesem stehet immer frei, das vorgeschlagene Subjekt aus rechtmäßigen Gründen zu verwerfen, oder auch wenn der Gantmann und die Kreditorschaft keinen Vorschlag thun, sogleich von Amtswegen einen zu bestellen (f) — Ueblich und auch räthlich ist es, den Kontradiktor gleich nach seiner Ernennung mit einem körperlichen Eide dahin zu belegen, daß er sein Amt mit aller Treue verwalten wolle (g), von einer Sicherheitsleistung hingegen kann die Frage nicht seyn da er ja keine Güter zu verwalten hat.

a) Canz Diss. cit. de contradictore in concursu creditorum. §. 5. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 35 = 38. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 44.

b) Canz l. c. §. 6. Stepf a. a. O. §. 36. Wernher P. VIII. Obs. 435. Hertel Diss. cit. de differentiis curatoris litis et bonorum. §. 14.

c) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Proz. §. 339. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 11. Berger Oecon. jur. Lib. I. Tit. 4. §. 6. n. 15. Schilter Exercitat. 46. Th. 50. Canz l. c. §. 7. Stepf a. a. O. §. 37.

d) Canz l. c. §. 9. Andere behaupten, der Richter brauche den Vorschlag des Schuldners gar nicht zu achten. Stepf a. a. O. §. 39. 40. 41.

e) Canz l. c. §. 10. Hellfeld Jurisprudentia forensis. §. 1816. Schaumburg l. c. Andere sprechen der Kreditorschaft diese Befugniß ab. Stepf a. a. O. §. 42.

f) Canz l. c. §. 9. 10. Stepf a. a. O. §. 44. 45.

g) Stepf a. a. O. §. 52 = 58. Canz l. c. §. 12. Schaumburg l. c. Claproth a. a. O. §. 340.

§. 181.

Amt und Pflichten des Kontradiktors.

Die Bestimmung des Kontradiktors ist, im Namen des Schuldners auf die Forderungen und Ansprüche der einzelnen Gläubiger zu antworten. Er muß daher 1) aus den Schuldbüchern, und übrigen Briefschaften des Gemeinschuldners, wie auch aus den über dessen Schulden bereits verhandelten Akten die nöthige Erkundigung einziehen; 2) den Gantmann selbst, oder, wenn

wenn dieser nicht vorhanden seyn sollte, dessen Frau, erwachsene Kinder, oder andere Personen, die, die beste Wissenschaft haben, über jeden Schuldposten den er erfähret, umständlich zu vernehmen nicht unterlassen; sodann 3) jedem Gläubiger, der seine Forderung einklaget, die nöthigen Einwendungen machen, und die zuständigen Einreden entgegen sezen. Hingegen darf er sich 4) um das Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger unter einander gar nicht bekümmern; noch auch 5) in die Verwaltung der Konkursmasse sich mischen (a) — Für seine Bemühung kann derselbe eine angemessene Belohnung mit Recht fordern, und es gereichet zum Vortheil der Kreditorschaft, wenn ihm etwas gewisses überhaupt ausgesezet wird (b) — Ist er nachläßig in seinem Amte; so muß der Richter ihn erinnern, und wenn dieß fruchtlos ist, seiner Stelle entsezen. Zum Nachtheil der Hauptsache kann seines Ungehorsams wegen nichts verfüget werden, sondern es finden vielmehr Geldstrafen, die er aus eigenen Mitteln bezahlen muß, statt (c).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Proz. §. 341 342 Canz Diss. cit. de contradictore in concursu creditorum. §. 13 - 29. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 62. 63. §. 103 - 108. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. L. II. Cap. VIII. §. 14. Leyser Spec. 491. M. 6. Wernher P. IX. Obs. 15.

b) Stepf a. a. O. §. 188 - 194. Claproth a. a. O §. 344.

c) Claproth a. a. O. §. 343. Vergl. Meine Grundsätze 2c. §. 458. Sieh. überhaupt noch: Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. IV. Brunnemann Process. concursus creditorum cum notis Stryckii, Cap. III. Hofmann Teutsche

Reichspraxis. Thl. II. §. 1240. folg. Car. Henr. Breuning Diss. de curatore litis in concursu creditorum. Lips. 1768. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. I. §. 16. (II. Aufl. S. 577.)

§. 182.

Liquidationstermin.

Hin und wieder ist es üblich, in den erlassenen Ediktal- und Privatladungen eine gewisse Frist anzuberaumen, innerhalb welcher alle Gläubiger ihre Forderungen bei dem Konkursgericht behörig anbringen sollen; allein auf diese Weise kommen nicht alle Gläubiger zusammen, um über den ihnen angetragenen Weg der Güte, und über andere gemeinschaftliche Angelegenheiten rathschlagen zu können. Ausser dem entstehet in Ansehung der Beweisführung grosser Aufenthalt und Unordnung, die Erklärung über die beigebrachten Urkunden kann nicht sogleich geschehen, sondern wird gewöhnlich bis nach ergangener Lokationsurthel verschoben, wo dann nun häufig erst die Streitigkeiten über die Richtigkeit der Forderungen beginnen. Viel vortheilhafter daher ist es, wenn ein gewisser Termin festgesezet wird, wo alle Gläubiger erscheinen, die Originalien der Urkunden, worauf sie sich stüzen, beibringen, auch, wenn sie sich des Beweises durch Zeugen bedienen wollen, mit den nöthigen Artikeln schon versehen seyn müssen (a) — Diesen Termin nun eröffnet der Richter damit, daß er den erschienenen Kreditoren die Beschwerlichkeiten des Konkursprozesses, seine Langwierigkeit, den großen Kostenaufwand, den er veranlaßt, mit lebhaften Farben vormahlet, und sie durch diese allgemeine Gründe sowohl, als

als durch besondere, aus dem einzelnen vorliegenden Fall hergenommene zu Eingehung moratorischer, oder remissorischer Vergleiche zu bewegen suchet. Sollte gar aus dem vorläufig gemachten Ueberschlag des Konkursvermögens (b) erhellen, daß dieses von einigen wenigen vorzüglichen Gläubigern, deren Forderungen ausser Zweifel gestellet sind, erschöpfet werden wird; so können nicht nur diese dem Fortgang des Prozesses widersprechen, sondern dem Richter liegt auch ob, gleich jezo von Amtswegen, einen solchen Konkurs in seiner Geburt zu erstiken (c) — Wollen hingegen die Gläubiger den Weg der Güte nicht betreten, lässet sich auch mit Gewißheit noch nicht voraussehen, welche von ihnen aus dem schuldnerischen Vermögen ihre Befriedigung erhalten werden; so macht nun die Bestellung und Beeidigung des Güterpflegers gewöhnlich das erste Geschäft aus. Dieser aber ist häufig bei seinen Geschäften an die Einwilligung der Kreditoren gebunden, und der Richter selbst kann ohne diese oft für sich allein nichts thun, bei weitläufigen Konkursen daher, wo die Zahl der Gläubiger beträchtlich ist, gereichet es gar sehr zur Beförderung der Sache, wenn die Kreditoren gleich jezo aus ihrer Mitte einen engern Ausschluß mit der Gewalt ernennen, dasjenige, was das allgemeine Beste der Vermögensmasse und der sämtlichen Gläubiger betrifft, im Namen aller zu beschliessen (d). Eben so ist schon bemerket worden, daß der Kondradiktor, als solcher um das Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger unter einander sich gar nicht bekümmern darf: daher kommt es dann, daß der Erstigkeitspunkt in den verschiedenen Gerichten auf so mancherlei Weise behandelt wird, und zu so vielen Verwirrungen Anlaß giebt. Der sicherste Weg ist der,

wenn

wenn den Gläubigern gleich in der ersten Ladung aufgegeben wird, mit der Liquidation die Ausführung ihres Vorzugsrechtes zu verbinden, und dem Konkursvertreter zugleich gemeinschaftlich den Auftrag zu ertheilen, einem jeden einzelnen Kreditor, der einen Vorzug behauptet, Namens der interessirten Gläubiger alle rechtlichen Einreden entgegen zu sezen, und nach Umständen, durch alle Instanzen, zu verfolgen (e).

a) Brunnemann Processſ. concurſ. credit. cum notis Strykii Cap. II. §. 4.

b) Ueber die Nothwendigkeit im ersten Termine alle Gläubiger zur Anzeige ihrer Forderungen (die mit der Liquidation nicht zu verwechseln ist, und in Preussen Conotation heißt) vorzuladen, und hierauf eine Bilance zwischen dem beiläufigen Vermögens- und Schuldenstand zu ziehen. s. Gönner §. 33.

c) Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 351. 352. de Cramer Obſervat. jur. univ. Tom. I. Obſ. 337. 364. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1217.

d) Claproth a. a O. §. 353. 354.

e) Derselbe a. a. O. §. 355.

§. 183.

Liquidation der Forderungen.

Die Veranlassung zu dem Streit über die Richtigkeit der Forderungen geben die Gläubiger durch ihre gerichtlichen Vorträge. — Schon angefangene, vor das allgemeine Konkursgericht gezogene Rechtshändel werden in dem Zustande fortgesezet, in welchem sie sich zur Zeit des eröffneten Konkurses befanden, weder der Gläubiger, noch der Konkursvertreter dürfen von vornen wieder anfangen, sondern müssen vielmehr die-

jenigen

jenigen Handlungen nun nur noch nachholen, die zur Aufklärung des Streitpunktes nothwendig sind (a) — Diejenigen Forderungen hingegen, in Ansehung welcher gerichtlich noch nichts verhandelt worden ist, werden entweder mittelst einer kurzen Imploration, denn ein förmliches Klageschreiben ist nicht erforderlich, oder mittelst eines kurzen mündlichen Vortrags zu Protokoll eingeklagt. Zugleich übergiebt man die in Händen habenden Urkunden, oder andere Beweismittel (b), und führet darneben die Thatumstände und Rechtsgründe, auf welchen das Vorzugsrecht des eingeklagten Postens beruhet, gebührend aus (c).

a) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VII. §. 5. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 358. 359.

b) Ist jedoch den Gläubigern in der Ediktalladung nicht aufgegeben worden, zugleich mit der Imploration auch ihre Beweisthümer zu übergeben; so können dieselben das Beweisinterlokut ruhig abwarten. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 12.

c) Ist der Konkursvertreter nicht ausdrücklich dazu bevollmächtiget, wegen der Erstigkeit die Rechte aller Gläubiger zu wahren; so bleibet nichts übrig, als den Liquidationspunkt von dem Prioritätspunkt zu trennen, nach geendigtem Liquidationsverfahren einen Termin zur Ausführung der Priorität anzusezen, dazu sämtliche Gläubiger vorzuladen, und sie mit ihren Handlungen gegen einander zu vernehmen — Sollte jedoch auch gar keine Ausführung des Vorzugsrechts geschehen seyn; so lieget dennoch dem künftigen Urthelsverfasser ob, auf das Vorzugsrecht eines jeden Gläubigers von Amtswe- Rücksicht zu nehmen, und der Forderung entweder diejenige Stelle sogleich anzuweisen, die ihr den Rechten und Akten nach gebühret, oder aber allenfalls den Beweis

weis derjenigen Umstände aufzulegen, oder vorzubehalten, auf welchen das Vorzugsrecht beruhet. Claproth a. a. O. §. 363-366. — Die in Sachsen herkömmliche Einrichtungsart des Liquidationsprotokolls ist unstreitig die schiklichste. Man verzeichnet nämlich unter fortlaufenden Ziffern, oder Buchstaben blos die Vor- und Zunamen der sich meldenden Gläubiger, bemerket dabei die Summe ihrer Forderungen an Kapital und Zinsen, ohne jedoch des Rechtsgrundes und überhaupt der Liquidation dieser weiter zu gedenken, und leget dieses allgemeine Protokoll zu den allgemeinen Konkursakten. Sodann läßt man einen jeden einzelnen Gläubiger mit dem Kontradiktor auftreten, nimmt ihre Verhandlungen zu Protokoll, vermeidet, so lange es möglich ist, den Schriftwechsel, und leget diese besondere Protokolle zu den besonderen einzelnen Akten-Fascikeln, die jedem einzelnen Gläubiger bestimmt sind. Schaumburg l. c. Claproth a. a. O. §. 357. — Ueberhaupt gehören noch hierher: Ludovici a. a. O. Kap. II. VIII. Schaumburg l. c. §. 14. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1244. 1248. 1250. 1251. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Haupst. 7. §. 3. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. §. 193. folg. (II. Aufl. S. 587. 657.)

§. 184.

Obliegenheiten des Kontradiktors bei der Liquidation der Forderungen.

Der Konkursprozeß ist eine besondere Art des summarischen Prozesses, der die Mittelstrasse zwischen dem ordentlichen und exekutiven hält, an sich daher eben so wenig die exekutivische Verfahrungsart, als wenig die Weitschweifigkeit des ordentlichen Prozesses zulässet — Der Kontradiktor nun, indem er gegen die Gläubiger, die ihre Forderungen liquidiren, auftritt, muß vor allen Dingen von seiner Seite den Legitimationspunkt berichtigen, welches mittelst des ergangenen richterlichen

Er-

Ernennungs oder Bestätigungsdekrets am füglichsten geschiehet (a). In Ansehung derjenigen Forderungen, von welchen er, aller angewandten Müh: ohngeachtet noch keine Nachricht hat einziehen können, darf er sich, bei dem mindesten eintretenden Zweifel, nicht sogleich einlassen, sondern er bittet um Anberaumung einer kurzen Frist (b). Ist derselbe hingegen wegen des eingeklagten Postens nothdürftig unterrichtet; so hat er vorerst sorgfältig zu prüfen, ob solcher nicht von diesem Konkurs abgewiesen werden müsse, und die nöthigen Einwendungen deßwegen vorzubringen (c). Als verzögerliche finden nur diejenigen Schuzreden statt, die das Wesen des Prozesses betreffen, und die Ausflucht eines zu leistenden Vorstandes der Wiederklage und Kosten wegen kann, da die Gläubiger wider ihren Willen zum klagen aufgefordert werden, nicht zuläßig seyn (d). Eine förmliche Kriegsbefestigung ist zwar nicht nothwendig, aber alle wesentliche Thatsachen müssen doch behörig ins reine gebracht werden, und der Konkursvertreter darf eben so wenig eine Forderung, deren Grund aus den Akten nicht erhellet, einräumen (e), als wenig den guten Glauben verläugnen, und ohne Noth Weitläufigkeiten machen (f).

a) Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 108.

b) Derselbe a. a. O. §. 111 = 114. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse. §. 368.

c) Die Gründe hierzu werden, als aus der Theorie bekannt, vorausgesetzet. Sieh. Claproth a. a. O. §. 369.

d) Nettelbladt Anleitung zu der prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 817. Claproth a. a. O. §. 370 371. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. V. §. 225. Schanmburg Princip. prax. jurid. ju-

judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 13. Das Gegentheil behaupten: Berger Electa disceptat. for. P. II. Supplem. Tit. 13. §. 1. Barth Hodeget. for. Cap. I. §. 36. Not. lit. B. Sieh. noch Stepf a. a. O. §. 115-129.

e) Räumen aber auch gleich der Gemeinschuldner, oder Konkursvertreter eine Forderung ein; so schadet doch dieses den dabei interessirten Gläubigern nicht, sondern diese können immer noch die an sich zuläßigen Einwendungen dagegen vorbringen. Ludovici a. a. O. §. 6. Brunnemann Processf. concurs. creditor. Cap. III. §. 8. 9. Schaumburg l. c. vergl. Christ. Ferd. Harpprecht Diss. de liquidatione in concursu cred. perconfessionem debitoris. Tübing. 1753.

f) Ludovici a. a. O. §. 5. Claproth a. a. O. §. 374.

§. 185.

Fortsetzung.

Als zerstörliche finden alle an sich zuläßigen Ausflüchte, auch diejenigen, die nicht sofort liquid sind, sondern einer weiteren Ausführung bedürfen, statt, (a). Mit der Replik und Duplik schliessen sich in der Regel die Verhandlungen, und nach allgemeinen Rechtsgrundsäzen gegründete Wiederklagen müssen auch hier zugelassen werden (b). Die liquidirenden Gläubiger sowohl, als der Konkursvertreter, sind aller in den Gesezen vergönnten Beweismittel sich zu bedienen befugt; nur folgende wenige Bemerkungen verdienen hier eine Stelle: I. Das Geständniß des Gantmannes hat nur dann Beweiskraft, wann entweder 1.) die in Frage stehende Forderung sehr unbedeutend ist, und der Gläubiger seine Behauptung eidlich bestärket (c); oder 2.) noch andere stichhaltige Vermuthungen hinzukommen: oder 3.) das

Ka-

Kapital ausser Zweifel gestellet ist, und nur über die Richtigkeit einiger angeblich noch rükständiger Zinsen gestritten wird; oder 4.) sämtliche Gläubiger dahin überein gekommen sind, daß den Geständnissen des Gemeinschuldners Glauben beigemessen werden soll (d) II. Die von Gläubigern beigebrachten Urkunden ist der Konkursvertreter nur nach seiner Ueberzeugung und Wissenschaft, oder gänzlichen Unkunde der Hand des Ausstellers derselben anzuerkennen, oder eidlich abzulängnen (de credulitate vel ignorantia) schuldig (e). III. Der Kontradiktor kann, wenn ihm der Beweis oblieget, der Eideszuschiebung sich bedienen (f), es kann ihm aber auch ein Eid zugeschoben werden (g) und er ist, nach Umständen, diesen zurükzuschieben wohl berechtiget (h). IV. Bei dem Beweis durch Zeugen verfährt man, wenn nicht besondere Wichtigkeit der Sache eine Ausnahme nothwendig macht, wie in andern summarischen Prozessen auch. Beweisartikel sind daher nicht schlechterdings nothwendig, Fragstüke werden nicht zugelassen, ein eigener Rotulus wird nicht verfertiget, man läßt auch keine umständliche Verhandlungen der Partien über die Kraft und Stärke des geführten Beweises zu (i) — Die in den Gesezen verordnete Strafen des Ungehorsams endlich (k) treffen ohne Zweifel auch die Gläubiger, der von dem Konkursvertreter begangene Ungehorsam aber kann, den intereßirten Kreditoren zum Nachtheil, auf die Hauptsache selbst nie Einfluß haben l).

a) Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor §. 129-138. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 375. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 13. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VII. Struben R. B. Thl. IV. Bed. 37.

b)

b) Brunnemann Proc. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. III. §. 12. Claproth a. a. O. §. 376. Stepf a. a. O. §. 149. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1245. Ludovici a. a O. Kap. VII. §. 7.

c) Christ. Ferd. Harpprecht Diss. de liquidatione in concursu per confessionem debitoris. Tübing. 1753. §. 15. Man vergleiche hierüber Dabelow S. 584. Gönner §. 32. Es ist offenbar eine doppelte Uebertreibung, wenn einige Rechtslehrer dem Geständniß des Gemeinschuldners alle Beweiskraft absprechen, oder wenn Dabelow a. a. O. S. 584. ihm unbedingte Beweiskraft zuspricht. Ueber die Modifikationen, unter welchen es einen Beweis ausmacht, s. Gönner a. a. O. §. 32.

d) Idem l. c. §. 26. Stepf a. a. O. §. 112. 138. Ludovici a. a. O. Kap. VI. §. 3-11. Schaumburg l. c. §. 12.

e) Claproth a. a. O, §. 372. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 334.

f) L. 17. §. 3. D. de jurejur. Ludovici a. a. O. Kap. VII. §. 4. Eberh. Christ. Canz Diss. cit. de contradictore in concursu creditorum. Tübing. 1769. §. 23. Das Gegentheil behauptet: Brunnemann l. c. §. 13. — Daß der Konkursvertreter vorsichtig zu Werk gehen muß, und zu der Eideszuschiebung nur in Ermangelung aller anderen Beweismittel seine Zuflucht nehmen darf, ist vor sich klar. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 368.

g) L. 3. §. 1. L. 11. §. 3. L. 26. pr. D. de jurejur. L. 25. §. 7. D. ad L. Aquil. Harpprecht l. c. §. 3. Hofmann a. a. O. Thl. II. §. 1252. Wernher P. VIII. Obs. 469. P. X. Obs. 446. Schaumburg l. c. §. 12. Leyser Spec. 491. M. 10. 11. Brunnemann l. c. §. 13. Jedoch ist vorauszusetzen, daß der Kontradiktor von dem Gegenstand, über welchen er schwören soll, sich einige Wissenschaft hat erwerben können, und auch in diesem Falle schwöret er nur nach seiner Vermuthung, oder betheuert sein Nichtwissen (de credulitate vel ignorantia)

rantia). Kann hingegen der Kontradiktor von dem in Frage stehenden Geschäfte schlechterdings keine Wissenschaft haben; so ist er zu verlangen berechtiget, daß der ihm zu- oder zurückgeschobene Eid dem Gemeinschuldner zu- oder zurückgeschoben werde. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß. §. 333. Jul. Frider. Malblanc Doctrina de jurejurando. Norimbergæ 1781. §. 42. pag. 126. Pufendorf Tom. II. Obs. 152. Stepf a. a. O. §. 143. — Weigert sich jedoch der Gemeinschuldner in einem solchen Fall den Eid zu schwören, und räumet die in Frage stehende Forderung ein; so stehet, wenn nicht die oben angegebene besondere Verhältnisse eintreten, den interessirten Gläubigern frei, dagegen zu protestiren, und den Eid dem Deferenten entweder zurückzuschieben, oder die eidliche Bestärkung des Schuldners, daß es mit der Forderung seine Richtigkeit habe, zu verlangen. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß. Magdeburg und Leipzig 1780. S. 95.

h) Canz l. c. Wernher P. VI. Obs. 350.

i) Stepf a. a. O. §. 142. Canz l. c. §. 22. Hofmann a. a. O. §. 1259. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 244.

k) Sieh. Meine Grundsätze. rc. §. 454. folg.

l) Schaumburg l. c. §. 13. Wernher P. VI. Obs. 350. (Fried. Carl von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipzig 1781. Abschn. III. S. 125. folg.

§. 186

Personen, die in dem anberaumten Liquidationstermin zu erscheinen nicht verbunden sind.

Die Absicht der Vorladung der Gläubiger bei Konkursen gehet hauptsächlich dahin, daß die sämtlichen Ansprüche an des Gemeinschuldners Güter zu des

Richters

Richters Wissenschaft kommen, und dieser dadurch in den Stand gesezet werde, die ganze noch übrige Haabe des Ganntmannes, den Gesezen gemäß, unter die Kreditorschaft zu vertheilen. Alle diejenige mithin, die an des Schuldners Güter Forderungen zu haben vermeinen, es mögen nun diese aus einem persönlichen, oder dinglichen Rechte, oder aus einem Verbrechen herrühren; sie mögen bedingt, oder unbedingt, schon fällig, oder nicht fällig seyn; es mag deßhalb schon geklaget seyn, oder nicht; es mag von solchen Schuldigkeiten die Rede seyn, die auf einmal getilget werden können, oder von solchen, die auf lange Zeit, oder auf immer geleistet werden müssen, sind in dem anberaumten Liquidationstermine zu erscheinen verbunden (a). Auch derjenige Gläubiger, der mehr als eine Forderung an den Gemeinschuldner hat, muß eine jede besonders liquidiren, und die Zinsenrükstände sind jedesmal genau anzugeben, wenn man will, daß in dem Lokationsurthel Rüksicht darauf genommen werden soll (b). Selbst diejenige die ihre unter dem Vermögen des Gantmannes befindliche Sachen, oder Rechte mittelst der Eigenthums- oder einer andern dinglichen Klage verfolgen können, müssen auf eine allgemeine, auch an sie, und nicht blos an die Gläubiger gerichtete Ladung erscheinen, und bei dem Konkurs sich melden, dagegen der Besizer eines Faustpfandes, so lange bis dieses von ihm zurük verlanget wird, ganz ruhig bleiben kann, und nicht nöthig hat in den Konkurs sich einzumischen (c). Diejenigen Forderungen, in Ansehung deren von dem Konkursrichter eine Befriedigung sich nicht erwarten lässet, sind auch zu einer Angabe bei dem Gant nicht geeigenschaftet (d), und der, welchem Dienstbarkeiten, oder andere dingliche Rechte

te der Art auf in den Konkurs gezogene Güterstüke zustehen, brauchet nur dann sich zu melden, wann die Ladung allgemein auf alle gefasset ist welchen Rechte an des Gantmannes Güter zustehen (e).

a) (Fried. Karl von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Leipzig 1781. Abschn. II. Abtheil. I. §. 26. (Derselbe) Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und unableglicher Zinsen bei entstandenem Konkurs der Gläubiger. Altenburg 1778.

b) (Trützschler) Die Lehre von der Präklusion rc. a. a. O. §. 28.

c) Derselbe a. a. O. §. 30.

d) Dahin gehören alle sogenannte caussæ personalissimæ, z. B. Klagen auf Erfüllung eines Eheversprechens u. s. w. Leyser Spec. 490. M. 4. Kann jedoch eine Entschädigung an Geld gefordert werden; so gehören solche Klagen allerdings auch in den Konkurs.

e) (Trützschler) a. a. O. §. 31-35. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 379. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. XIV. §. 3. 4. Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 19.

§. 187.

Ungehorsamsbeschuldigung der nicht erschienenen Gläubiger.

Eine von dem zuständigen Richter erlassene, behörig abgefaßte und bekannt gemachte peremtorische öffentliche oder Privatladung leget allen Gläubiger des Gantmannes, die von dem Konkurs nicht abgewiesen werden wollen, die Verbindlichkeit auf, in dem anberaumten Liquidationstermine sich ihrer Forderungen wegen zu melden. Mit dem Ablauf dieses erlöschet zwar

zwar genau genommen, das Recht der nicht erschienenen Kreditoren an der Konkursmasse Theil zu nehmen durch sich selbst, und es ist, da die ergangenen Ladungen ihrer Natur nach blos monitorische sind (a), eine Ungehorsamsbeschuldigung nicht wesentlich nothwendig (b). Damit indessen dem Kontradiktor auch nicht die geringste Versäumniß vorgeworfen werden könne, ist es räthlich, auch üblich, das Geschäfte in dem Liquidationstermine damit zu beschliessen, daß der Ablauf desselben ausdrücklich angenommen, der Ungehorsam der nicht erschienenen Gläubiger feierlich angeklaget, und um ihre Abweisung von diesem Konkurs gebeten wird (c).

a) Brunnemann Processſ. concurſ. creditor. cum notis Strykii Cap. II. §. 1. (Friedr. Karl von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Abschn. II. Abthl. I. §. 13. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 99.

b) (Trützschler) a. a. O. Abschn. II. Abth. II. §. 5. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 454. Gönner §. 31. Dabelow S. 533.

c) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 378.

§. 188.

Präklusion der nicht erschienenen Gläubiger.

Genau genommen sollte mit dem Ablauf des Liquidationstermins das Recht der nicht erschienenen Gläubiger an der Konkursmasse Theil zu nehmen durch sich selbst erlöschen, allein der Gerichtsbrauch gehet hier den gelindern Weg, und höret die Kreditoren wegen ihrer Forderungen noch so lange, bis entweder ein besonderes Präklusionsdekret ergangen (a), oder das Lokati-

ons-

onsurthel erfolget ist (b). Die Strafe der Präklusion trifft alle diejenigen, die in dem Liquidationstermine zu erscheinen verbunden sind (c), und ihre Wirkung (d), ist die Ausschliessung von der Theilnahme an der Konkursmasse, keineswegs aber die Erlöschung des Rechts selbst (e).

a) An vielen Orten ist es üblich, daß gleich bei dem Schlusse des Liquidationstermines, oder doch, ohne daß man das Lokationsurthel abwartet, einige Tage nachher ein eigener Präklusivbescheid erlassen wird. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 380. 381. (von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Abschn. II. Abth. 2. §. 2. 4.

b) G. H. Ayrer Diss. de poena præclusionis in concursu creditorum. Goetting. 1743. pag. 31-63. Wolfg. Ad. Schoepff Diss. de processu in contumaciam in concursu creditorum eorumqne præclusione. Tübing. 1732. Ejusd. Tr. de processu unilaterali cumprimis contumaciali. Sect. IV. §. 8. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 167. 168. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 4. 19. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. XIV. §. 2. Brunnemann Process. concurs. creditor. Cap. III. §. 11. (Trützschler) a. a. O. §. 3. 4. — Gewöhnlich zwar wird den Lokationsurtheln die Präklusionsklausel angehänget; allein nothwendig ist es nicht, weil die Präklusion als stillschweigend geschehen angenommen wird. Sieh. die eben angeführten Schriftsteller.

c) (Trützschler) a. a. O. §. 6-34.

d) Es ist hier nicht von der uneigentlich sogenannten Präklusion die Rede, wo ein Gläubiger zwar seiner Forderung wegen in dem Liquidationstermine sich gemeldet hat, aber in der Folge ungehorsam ist, und sich also die gewöhnlichen Strafen des Ungehorsams, die bekanntlich, nach Umständen, in dem Verluste des

Rechts selbst bestehen können, zuziehet. (Trützschler) a. a. O. Abschn. I. §. 8.

e) (Trützschler) a. a. O. Abschn. II. Abth. II. §. 34. folg. und Abschn. II. Abth. 1. §. 11. Ludovici a. a. O. Das Gegentheil behauptet gegen die Natur der Sache und den Gerichtsbrauch Leyser Spec. 490. M. 1.

* Ueber die Frage, welche Wirkungen die Präklusion in Ansehung der zum Konkurse nicht gezogenen Güter hervorbringt, sind die Meinungen von Trützschler Abschn. II. Abth. 2, §. 44. und Dabelow S. 536. getheilt, man sehe hievon Gönner §. 31.

§. 189.

Mittel, die Strafe der Präklusion abzuwenden.

Gegen ein in der Mitte ligendes förmliches widerrechtliches Präklusionsdekret können eben so wie gegen das ungerecht präkludirende Lokationsurthel alle in den Gesezen wider beschwerliche richterliche Erkenntnisse vergönnte Rechtsmittel, wenn anders die nöthigen Erfordernisse eintreten, ergriffen werden. Es findet auch gegen den Richter, der, der Vorschrift der Geseze nicht nachgekommen ist, eine Klage statt (a) so wie diejenigen Mitgläubiger, die eben dadurch, daß der Präkludirte nicht klaßificirt worden ist, zu einer Perception gelanget sind, zu welcher sie ausserdem nicht gelanget wären, mit einer actione in factum allerdings in Anspruch genommen werden dürfen (b). subsidiarisch endlich, und wenn alle verursachte Kosten ersezet werden, kann man auch zu der Wiedereinsezung in den vorigen Stand seine Zuflucht nehmen. Es muß nur eine gesezmäßige Ursach vorhanden, und die Lage der Sache so geartet seyn, daß sich in Ansehung dessen, der die Restitution suchet, alles noch in den Zustand zu-

zurücksezen lässet, in welchem es zu der Zeit des Liquidationstermines war. Ist daher das Lokationsurthel zwar bereits ergangen, aber die Konkursmasse doch noch nicht vertheilet; so lieget es am Tage, daß die Restitution mit Erfolg gebrauchet werden kann (c). Selbst dann aber auch, wann die Masse bereits vertheilet ist, kommt die Wiedereinsezung in den vorigen Stand dem Restituirten in so weit zu statten, daß er seine Forderung von denjenigen Gläubigern zurükfordert, die ihre Bezahlung nicht erhalten hätten, wenn seine Ansprüche vor der Distribution dem Richter bekannt gewesen wären (d).

a) Vergl. Meine Grundsäze rc. §. 24.

b) (Fried. Karl von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Abschn. II. Abth. 3. §. 4-11.

c) Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 19. Ge. Henr. Ayrer Diss. citat. de poena præclusionis in concursu creditorum. Götting. 1743. Cap. III. §. 5. Lauterbach Colleg. theor. pract. Lib. XLII. Tit. 5. §. 23. Leyser Spec. 490. M. 2. 3.

d) L. 19. §. 1. D. de condict. indebiti. L. 32. D. de reb. credit. Struben R. B. Thl. I. B. 67. Car. Frider. Walch Introductio in controversias juris civilis recentiores inter jurisconsultos agitatas. Jen. 1776. Sect. IV. Cap. 3. Membr. 2. Subs. 2. §. 24. pag. 502. Das Gegentheil behauptet Leyser Spec. 490. M. 2. Sieh. überhaupt noch über diesen §. (Trützschler) a. a. O. §. 11. folg. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 379. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. §. 158. folg. (II. Aufl. S. 538.)

C.) Von dem Vorzugs- und Erstigkeitsrecht der einzelnen.

§. 190.

Vorzugs- und Erstigkeitsrecht der einzelnen Forderungen.

Der Richter kann nach dem Zwek des Konkursprozesses unmöglich einem jeden Gläubiger die ihm nach den Gesezen gebührende Stelle, wo er seine Befriedigung erlangen soll, anweisen, wenn er sich nicht neben der Richtigkeit der einzelnen Forderungen auch zugleich um das Vorzungsrecht derselben bekümmert. Die Ausführung dieses Erstigkeitsrechts aber gehet in jedem Falle mit der Liquidation Hand in Hand, und es ist deßwegen schon oben das nöthige bemerket worden (a).

a) Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. VIII. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 14. Brunnemann Processſ. concurſ. creditor. cum notis Strykii Cap. IV. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1260. 1261. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 817. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 7. §. 17.

D.) Von dem Lokationsurthel.

§. 191.

Lokationsurthel.

Das Lokations- Erstigkeits- Prioritäts- Klaßifikations- Kollokations- Designationsurthel ist dasjenige richterliche Erkenntniß,

niß, durch welches das nöthige in Ansehung der wesentlichen Stüke des Konkursprozesses, sodann der Richtigkeit, wie auch des Vorzugsrechtes der eingeklagten einzelnen Forderungen bestimmet, und jedem Gläubiger der Ort, wo er seine Befriedigung erhalten soll, angewiesen wird (a). Durch dasselbe sind alle Sachen so viel möglich endlich, und zwar entweder schlechterdings, oder doch unter der Bedingung des noch zu führenden Beweises zu entscheiden, und es darf daher nicht früher und nicht später ergehen, als bis alle angebrachte Forderungen in Ansehung der Richtigkeit und des Vorzuges so weit durchgefochten sind, daß wenigstens auf Beweis erkannt werden kann (b). Nach gemeinen Rechten erhalten die Zinsen mit dem Hauptstuhle eine und dieselbe Stelle (c), die sämtliche durch den Konkurs zum Besten aller Gläubiger veranlaßte Kosten werden von der ganzen Vermögensmasse voraus abgezogen (d), und der innere Bau des Lokationsurthels kann füglich dieser seyn: 1.) der Eingang wird gemeiniglich also eingerichtet: In Konkurs- und Prioritätssachen sämtlicher sich angegebener Gläubiger des NN. Liquidanten an einem, wider den in dessen Konkurssache bestellten Kontradiktor N. Liquidaten am andern Theile, wird u. s. w. Hierauf folgen 2.) die in Ansehung des Wesens des Prozesses, oder des Interesses der ganzen Kreditorschaft allenfalls nöthigen Verfügungen (e). Dann werden 3.) diejenigen aufgeführet, die vermöge eines Absonderungsrechtes das Ihrige aus dem Konkurs erhalten. Nach diesen werden 4.) die Konkurskosten gesezet. Sodann schreitet man 5.) zu der Lokation der einzelnen Gläubiger fort, weiset jedem nach seiner Priorität unter fortlaufenden Zahlen, gemeiniglich ohne der Klassen zu gedenken (f), bis

bis an die fünfte Klasse hin seine Stelle an (g), macht, wenn man an die fünfte Klasse kommt, den Uebergang also: wenn nun alle vorstehende Gläubiger befriediget sind, und von dem Vermögen sodann noch etwas übrig bleiben sollte; so werden auch folgende Kreditoren, jedoch ohne Ordnung der Zeit und nach Maasgabe ihrer Forderungen billig bezahlet, — und füget, wenn bei diesem oder jenem Posten, entweder in Ansehung der Richtigkeit, oder des Vorzuges noch etwas zu berichtigen ist, die nöthigen Auflagen bei. Endlich 6) macht dann die Abweisung der zu diesem Konkurs nicht gehörigen, wie auch der nicht erschienenen Gläubiger, wenn nicht etwa ein besonderes Präklusionsdekret ergangen ist, den Beschluß (h) — Dieses Lokationsurthel wird, nach dem vorher ein Termin dazu anberaumet, und dieser entweder durch einen Umlauf, oder wenn jenes zugleich die Präklusionsklausel enthält, in öffentlichen Nachrichten, und durch einen offenen Anschlag an dem Orte des verhandelten Konkurses, bekannt gemacht worden, den Gläubigern und dem Kontradiktor auf die gewöhnliche Weise förmlich eröffnet (i).

a) In dem Lokationsurthel werden mithin nur diejenigen Punkte berühret, die das Wesen des Prozesses, oder das Interesse der ganzen Kreditorschaft, oder die Forderungen der einzelnen Gläubiger und deren Vorzug betreffen. Alle andere sonst bei Konkursen vorkommende Streitigkeiten hingegen sind durch besondere Urtheile zu entscheiden und gehören hierher nicht.

b) Es ist zwar sonst Regel, daß unter einer Bedingung nicht erkannt werden darf, Elsäßer Anhang zu meinen Grundsätzen rc. §. 74.; allein bei der summarischen Verfahrungsart im Konkursprozeß wird darauf nicht gesehen, und es entspringet daraus der merkliche Vortheil, daß mancher Gläubiger nun siehet, daß er doch nichts

nichts bekommen werde, und daher die Kosten, die eine weitere Liquidation heischen würde, ersparen kann. Mancher Prioritätsstreit wird nun auch überflüßig, weil entweder beide streitende Theile leer ausgehen, oder beide befriediget werden. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 15. Nettelbladt Anleitung zu der prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 820. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 385. 386. Derselbe Grundsätze von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsakten, mit nöthigen Mustern. Götting. 1789. §. 177.

c) L. 18. 20. D. qui potior. in pign. L. 1. §. fin. D. de pact. Brunnemann Processſ. concurſ. creditor. cum notis Strykii Cap. V. §. 73. Carpzov P. I. Conſt. 28. Def. 161. ſeq Idem Lib. IV. Reſp. 42. ſeq. Schaumburg l. c. §. 16. Leyſer Spec. 488. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. X. §. 71. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 421. Hellfeld Jurisprud for. §. 1821. Mevius P. VII. Dec 245. de Cramer Tom. I. Obſ. 23. 102. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1231. Struben R. B. Thl. III. B. 39. Pufendorf Tom. I. Obſ. 14. §. 6.

d) L. 8. D. depoſiti. Schaumburg l. c. §. 17. Hellfeld l. c. §. 1818. Leyſer Spec. 481. Mevius P. III. Deciſ. 353. Pufendorf Tom. II. Obſ. 181. Tom. IV. Obſ. 249. Claproth a. a. O. §. 389. Christ. Gottl. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. II. §. 1. Ludovici a. a. O. Kap. X. §. 11. Jo. Dan. Nettelbladt Diſſ. de ſumtibus concurſus creditorum. Halæ 1754.

e) Z. B. wenn bei den erlassenen Ladungen ein Fehler vorgegangen, oder in Ansehung der Sicherheit des Vermögens Verfügung zu treffen, oder wegen der Berichtigung der Masse, oder der Veräusserung derselben Anordnung zu machen ist u. s. w. Claproth Grundsätze von Verfertigung der Relationen. §. 178.

f) Hierüber muß man sich jedoch nach dem Gerichtsstil erkundigen.

g) Haben mehrere Gläubiger völlig gleiches Recht; so ist es gleichgültig, welchen man vor = oder nachsetzet, weil, wenn das Vermögen zu ihrer aller Befriedigung nicht hinreichet, sie, was ihnen zufällt, nach dem Verhältniß ihrer Forderungen theilen müssen. Es ist daher das kürzeste, wenn man diese alle unter eine Nummer setzet, und die Klausel beifüget: sollte das Vermögen zur Befriedigung aller dieser nicht zureichen; so werden sie von dem für sie übrig bleibenden Gelde, nach Maasgabe ihrer Forderungen, verhältnißmäßig bezahlet.

h) Claproth a. a. O. §. 181. Derselbe Einleit. in sämtl. summar. Prozesse. §. 424. Nettelbladt Anleitung zur prakt. Rechtsgelahrtheit. §. 821. Sieh. überhaupt noch in Ansehung der Lokation der einzelnen Gläubiger, die hierher nicht gehört: Gmelin a. a. O. Brunnemann l. c. Cap. V. Ludovici a. a. O. Kap. X. Schaumburg l. c. §. 15. Hofmann a. a. O. §. 1262 = 1290. Dabelow Erläuterung der Lehre vom Konkurs der Gläubiger. Thl. II. §. 202. folg.

i) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 424.

§. 192.

Rechtsmittel gegen das ergangene Lokationsurthel.

So oft das Lokationsurthel eine den Punkt der Richtigkeit der Forderungen betreffende beschwerliche Verordnung enthält, ist es die Pflicht des Kontradiktors, das nach der Lage der Sache statt findende, zweckmäßigste Rechtsmittel zu ergreifen. Wenn daher z. B. eine Forderung zugelassen worden ist, die nach rechtlichen Gründen von dem Konkurs hätte abgewiesen werden sollen; oder eine Forderung als richtig angenommen

men worden ist, die eines weiteren Beweises noch bedurft hätte; oder der Beweissaz unrichtig bestimmet; oder einem unzuläßigen Beweis statt gegeben; oder eine gegründete Einrede verworfen worden ist u. s. w.; so muß die den intereßirten Gläubigern zugefügte Beschwerde durch die Ergreifung passender Rechtsmittel wieder gehoben werden. Vorsichtig indessen hat der Konkursvertreter hierbei zu Werk zu gehen, damit er sich eines Theils keine Vernachläßigung zu Schulden kommen lasse, andern Theils sich aber auch nicht den Vorwurf einer verwegenen Streitsucht zuziehe, und neben dem Verluste der Belohnung für seine Arbeit wohl gar noch gestraft werde — Auf der andern Seite stehet aber auch in allen jenen Fällen einem jeden sich beschwert achtenden Kreditor die Ergreifung an sich zuläßiger Rechtsmittel frei, und durch Intervention bei dem Rechtsstreite eines Dritten kann man nicht selten einen bevorstehenden Nachtheil noch von sich abwenden — Der Erstigkeitspunkt gehet nur die Gläubiger unter einander, niemals den Kontradiktor als solchen an. Glaubet nun ein Kreditor in dieser Hinsicht sich beschweret; so ist er gegen den = oder diejenigen, welchen er den zuerkannten Vorzug aus rechtlichen Gründen streitig machen will, Rechtsmittel einzuwenden wohl befugt, und wenn mehrere aus dem nämlichen Grunde über einen, oder mehrere Gläubiger hinaufrüken wollen; so darf nicht ein jeder einzelner für sich, sondern alle müssen gemeinschaftlich ein Rechtsmittel ergreifen — In jedem Falle aber können solche Rechtsmittel nur auf diejenigen Forderungen wirken, in Ansehung deren sie eingewendet worden sind; bei allen andern Posten hingegen, die weder im Streit befangen, noch mit den im Streit befangenen unzer-

trennlich

trennlich verbunden sind, stehet der Vollstrekung des in Rechtskraft übergegangenen Prioritätsurthels nichts mehr im Wege. Nur in äusserst wichtigen Fällen, wo von dem Interesse der ganzen Kreditorschaft die Frage ist, kann der Unterrichter bei ergriffenen Devolutivmitteln allenfalls die ganze Sache an den Oberrichter einschiken, diesem aber liegt ob, durch Vergleichsversuche wo möglich fernere Weitläufigkeiten abzuschneiden, und wenn jene fruchtlos seyn sollten, die Berichtigung der unbestrittenen Posten ohne Verzug mittelst gemessener Befehle an den Konkursrichter zu befördern (a).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 425 - 431. Derselbe Grundsätze von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsakten. §. 182. Stepf Systematische Lehre vom Kontradiktor. §. 171-175. Brunnemann Processſ. concurſus creditor. cum notis Strykii Cap. VI. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. XII. Mevius P. I. Deciſ. 75. 210. P. III Dec. 223. P. VI. Dec. 337. P. VII. Dec. 125. Schaumburg Princip prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 18. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1290. 1291.

* Ueber die oft nothwendige Adcitation der bei dem Rechtsmittel interessirten Gläubiger s. Gönner Hdb. B. I. Abh. 19. §. 14.

§. 193.

Befolgung der in dem Lokationsurthel erhaltenen Auflagen.

Der Richter rüket häufig in das Lokationsurthel sowohl in Ansehung des Ganges des Prozesses, als auch in Ansehung anderer Angelegenheiten der ganzen Kreditorschaft, und in Ansehung der Forderungen einzelner Gläubiger gar mancherlei Verordnungen wegen

noch

noch zu berichtigender Punkten ein. Für die Befolgung aller dieser Auflagen muß nun derselbe theils von Amtswegen sorgen, theils auf die eingekommenen Ungehorsamsbeschuldigungen und übrigen Vorträge das nöthige verfügen, auch nach Vollendung der nothwendigen Verhandlungen der Partien einen jeden einzelnen Rechtsstreit durch ein besonderes Urthel entscheiden — Ist nun auf die bisher beschriebene Weise die Konkursmasse völlig berichtiget, auch der Schuldenzustand in Ansehung der Richtigkeit der einzelnen Forderungen sowohl, als des Vorzugsrechts derselben vollkommen im reinen; so ist zur gänzlichen Beendigung des Konkurses nur noch die Vertheilung des Vermögens unter die Kreditorschaft übrig. Vorher darf, in der Regel, keinem Gläubiger etwas ausgezahlet werden, folgende Posten, vorausgesezet, daß sie völlig unbestritten und liquid sind, ausgenommen: 1) rükständige und während des Konkurses aufschwellende öffentliche Abgaben. 2) Dienstbotenlohn. 3) Alimentengelder, die aus dem Konkursvermögen entrichtet werden müssen. 4) Forderungen solcher Gläubiger, denen weder in Ansehung der Liquidität, noch auch des Vorzugsrechtes ihrer Ansprüche der mindeste Zweifel mehr im Wege stehet, und die zur Bezahlung zu gelangen, ganz gewisse Hoffnung haben (b).

a) Ist nach irgend einer Hinsicht noch einige Ungewißheit vorhanden, es treten aber besonders dringende Umstände ein; so kann allenfalls einem Gläubiger, der höchster Wahrscheinlichkeit nach zur Hebung kommt, ein Theil seiner Forderung gegen Sicherheitsbestellung, alles, auf den Fall, daß die Lage sich ändern sollte, zurückgeben zu wollen, ausbezahlet werden. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 431. 435. Stepfs Systematische Lehre vom Kon-

Kontradiktor. §. 175 = 178. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 20.

§. 194.

Distributionsbescheid.

So bald zur gänzlichen Beeidigung des Konkursprozesses nichts mehr übrig ist, als die wirkliche Vertheilung der Vermögensmasse, erlässet der Richter ohne Verzug den Distributionsbescheid. Dieser enthält 1) eine vollständige Nachricht von der bisherigen Verwaltung der Konkursmasse, und den Abschluß von dem reinen und wahren Betrage derselben. Diesem vorgängig werden 2) nach Anleitung des rechtskräftigen Klaßifikationsurthels diejenigen Gläubiger aufgeführet, die von dem reinen Ueberschusse befriediget werden können und sollen. Hierauf wird 3) ein gewisser Termin anberaumet, auf welchen diejenigen Kreditoren, die zur Ziehung gelangen, um entweder selbst, oder durch einen Bevollmächtigten die Gelder in Empfang zu nehmen, darüber zum Protokoll zu quittiren, und die in Händen habenden Originalurkunden zurük zu liefern; diejenigen aber, die leer ausgehen, um zu sehen wie die Gelder ausgezahlet werden, und um die Konkursakten und Rechnungen einzusehen, vorgeladen werden. Räthlich ist es 4) den Kreditoren aufzugeben, ihre allenfalsigen Erinnerungen gegen den Distributionsbescheid eine geraume Zeit vor dem anberaumten Termine gebührend einzureichen. Zugleich wird 5) auf den Fall des nicht Erscheinens die Strafe der Präklusion von diesem Konkurs billig angedrohet (a). Endlich ist dann 6) der Distributionsbescheid nicht nur durch einen Umlauf, sondern auch durch einen offenen Anschlag

an

an dem Orte, wo der Konkursprozeß verhandelt wird, und in öffentlichen Nachrichten behörig bekannt zu machen (b).

a) (Friedrich Karl von Trützschler) Die Lehre von der Präklusion bei entstandenem Konkurse der Gläubiger. Abschn. III. §. 10. folg. S. 133. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 8. §. 20. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 441.

b) Claproth a. a. O. §. 440. 442 = 450. Derselbe Grundsätze von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsakten. §. 183. a). Brunnemann Process. concurs. creditor. cum notis Strykii Cap. VII. Ludovici Einleitung zum Konkursprozeß. Kap. XIII. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1293.

§. 195.

Anordnung und Absonderung der Konkursakten.

Die Menge, die Verschiedenheit und die Vermischung der sich oft durchkreuzenden Geschäfte, welche bei dem Konkurse vorkommen, macht eine richtige Anordnung und Absonderung der Konkursakten zur unerläßlichen Nothwendigkeit (a). Damit alle zum Konkurs gehörigen Akten auf der einen Seite als ein Ganzes, das sie ausmachen, behandelt und dabei auf der andern Seite nach ihren verschiedenen Objekten richtig abgetheilt werden, müssen I. die Verhandlungen im Präliminarverfahren, da sie nur eine Tendenz haben, nämlich die Untersuchung, ob der Konkurs zu erkennen sey, ohne Sonderung nach chronologischer Ordnung bis zum Dekrete de aperiundo Concursu zu Protokoll genommen werden. II. Nach dessen Publikation tritt die Nothwendigkeit ein, die verschiedenen Objekte nach Aktenbünden

bünden zu sondern, wobey sich denn alles auf drey Hauptrubriken, 1) Berichtigung und Verwaltung der Konkursmasse, 2) Liquidation der Ansprüche, 3) Vorzugsrecht der Gläubiger reducirt. III. In Ansehung der Konkursmasse können Unterabtheilungen statt finden, namentlich 1) Inventur, 2) Subhastation, 3) Verwaltung, 4) Rechnungsablege, 5) besondere Verfügungen über Vermögensstüke, 6) Beitreibung der zur Masse gehörigen Güter. IV. Bei Liquidation der Forderungen macht jeder Anspruch (b) einen besonderen Aktenbund aus. V. Ueber den Vorzug der Gläubiger wird ein eigener Aktenbund angeordnet, sogar kann, wenn neben dem allgemeinen Prioritätsverfahren unter besonderen Gläubigern eigene weitläufigere Verhandlungen statt finden, diesen noch ein besonderer Aktenbund gewidmet werden. VI. Damit nun diese besondere Akterbunde (Specialakten) in Ein Ganzes vereiniget werden, müssen ihnen Generalkten correspondiren, von welchen die Specialakten nur gleichsam die Beilagen ausmachen. Sie schließen sich 1) an die Präliminarakten an, und fangen eigentlich mit dem Dekrete de aperiundo concursu an, welchen 2) alles dasjenige beigesellt wird, was zu seiner Vollziehung geschah, z. B. Versieglung des Vermögens, Aufstellung des Curators und Contradictors, Edictalladung. 3) Aus dem Inventarium legt der Richter einen nach der Abschätzung summirten Auszug zu den Generalakten, welches auch nach der Versteigerung geschiehet. 4) Ein allgemeines Liquidationsprotokoll muß, wenn man auch die Connotation davon nicht trennen will, zu den Generalakten kommen, worinn ohne Detail der Liquidation jede Forderung mit allgemeiner Anzeige ihrer Größe, des Gläubigers und des Forderungsgrundes eingetragen, und mit einer dem besondern Aktenbunde

de jeder Forderung gleichstimmenden Nummer versehen wird. 5) Die Ansetzung des Termins zum Prioritätsverfahren mit Hinweisung auf den besonderen Aktenbund gehört in die Generalakten. 6) Den Beschluß derselben macht das Lokationsurtheil, der Distributionsbescheid, und was zu seiner Vollziehung geschehen ist. VII. Sehr nützlich und in weitläufigen Konkursen nothwendig ist ein in Form eines Aktenprotokolls verfaßtes Diarium, in welchem alle bei einem Konkurse vorgenommene Handlungen nach ihrer Zeitfolge ohne objektive Sonderung angezeigt werden.

a) Claproth summar. Prozeß. §. 345. Derselbe Von Verfert. der Relationen. §. 178. Dabelow §. 771. Martin u. Walch Magazin für den gemeinen Proz. B. I, Heft 1. S. 123. Gönner a. a. O. §. 35.

b) Irrig ist es, wenn Martin a. a. O. die Aktenbünde nicht nach den Forderungen, sondern nach der Person des Gläubigers absondern will.

Sech-

Sechzehentes Hauptstück.

Von dem peinlichen Prozeß.

§. 196.

Peinlicher Prozeß.

Der peinliche Prozeß ist die in peinlichen Sachen bei peinlichen Gerichten übliche Verfahrungsart. Unter peinlichen Sachen aber verstehet man diejenigen, die solche Verbrechen angehen, auf welche in Thesi eine Lebens- oder Leibes-, oder eine der lezteren gleich geachtete andere Strafe gesezet ist (a).

a) Um also beurtheilen zu können, ob eine wirklich peinliche Sache vorhanden sey, muß man blos auf die Strafe sehen, die auf das in Frage stehende Verbrechen in Thesi gesetzet ist, nicht auf diejenige, die in dem einzelnen jetzo vorkommenden Fall, besonderer Verhältnisse und Milderungsgründe wegen, vielleicht eintritt. Es wäre dann, daß ein solcher bürgerlicher Richter mit dem peinlichen konkurrirte, dessen Gerichtsbarkeit ausdrücklich so lange für gegründet erkläret ist, bis ein vorkommendes Verbrechen auch in Hypothesi zu einer peinlichen Strafe sich qualificiret. Jo. Christ. Koch Institutiones juris criminalis. Jen. 1791. §. 645. 646. Andere, wie z. B. Christ. Fried. Ge. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Teutschland. Thl. I. Göttingen 1766. Abschn. I. Hauptst. 2. §. 9. S. 41. Wernher P. I. Obs. 286, behaupten gerade das Gegentheil und sagen —

„soll

„soll eine Sache den Vorwurf der peinlichen Gerichtsbarkeit abgeben; so ist nicht genug, daß sie in Thesi peinlich sey, sondern die Peinlichkeit muß in Hypothesi vorhanden seyn; das ist, zur Begründung der peinlichen Gerichtsbarkeit ist nicht hinreichend, daß das gegenwärtige Verbrechen seiner Art nach peinlich sey, sondern es müssen solche Anzeigen eintreten, woraus eine starke Wahrscheinlichkeit entspringet, daß auf das Gegenwärtige ebenfalls eine peinliche Strafe erfolgen werde" — Allein die Frage, welche Strafe auf ein einzelnes vorkommendes Verbrechen in Hypothesi erfolgen müsse, lässet sich erst nach vorgängiger gesetzmäßiger Untersuchung beantworten, folglich kann, wenn davon die Rede ist, ob dieses, oder jenes Gericht für zuständig zu achten? ob der Angeschuldigte allenfalls durch Steckbriefe zu verfolgen, auch der Prozeß wider abwesende Verbrecher statt finde? ob auf die Güter ein Beschlag zu nehmen? ob das corpus delicti mit allen Förmlichkeiten und Feierlichkeiten zu untersuchen? ob zur gefänglichen Einziehung zu schreiten? ob die Specialinquisition statt finde? ob die Akten zu versenden? fast einzig und allein darauf Rücksicht genommen werden, ob der vorliegende Fall an und für sich in Thesi für peinlich zu achten sey, oder nicht. Hingegen in dem Lauf des Prozesses selbst muß freilich bei sehr vielen Fragen, z. B. ob dem Angeschuldigten allenfalls von Amtswegen ein Sachwalter anzuordnen? ob zu der Territion, oder peinlichen Frage zu schreiten sey? u. s. w. hauptsächlich darauf Rücksicht genommen werden, ob auch der besondere Fall, von welchem dermalen nur die Rede ist, für peinlich zu achten sey oder nicht. Johann Christian Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Rostock und Leipzig 1789. Thl. II. §. 535. — Aus dem oben angegebenen Begriff indessen ergiebt sich, daß es im allgemeinen noch sehr schwankend und zweifelhaft ist, welche Fälle eigentlich zu den peinlichen gehören, und daß hauptsächlich die besondere Gesetze, und das Herkommen eines jeden Landes und Ortes, wie auch die etwa in der Mitte liegende besondere Verträge die Entscheidung hierüber an die Hand geben müssen, und daß daher von einem Lande auf das andere, von einer Stadt auf die andere, von einem Ort auf den andern

dern mit Sicherheit nicht geschlossen werden kann. Es hat zwar Koch l. c. §. 645. die Sache dadurch etwas genauer bestimmen wollen, daß er zu den peinlichen Fällen alle diejenigen zählet, wo von einem solchen Verbrechen die Rede ist, auf welches eine Lebens- oder Leibesstrafe, oder beständige Verbannung, oder beständige, oder doch wenigstens mehrere Jahre, oder Wochen dauernde Gefängnißstrafe, oder endlich eine Geldstrafe, die zehen Thaler übersteiget. in Thesi gesezet ist. Allein ob eines Theils für diese nähere Bestimmung befriedigende Gründe sich angeben lassen, and ob andern Theils dieselbe bei der so sehr abweichenden Verfassung der einzelnen Provinzen, Städte und Oerter in Teutschland von praktischer Brauchbarkeit sey, daran ist wohl noch sehr zu zweiflen — Eben die Schwierigkeit aber, den Begriff von peinlichen Sachen im allgemeinen bestimmt festzusetzen, ist wohl der Grund, warum die Gelehrten über diesen Punkt so verschieden sich äussern. Sieh. Car. Guil. Robert Diss. de diverso poenarum genere ex mente C. C. C. indeque oriente discrimine inter delicta civilia et criminalia nequaquam negligendo. Marburg 1779. Drei Briefe über die Robertische Dissertation. Vom Geheimenrath und Kanzler Koch. Beide Abhandlungen sind unter folgendem Titel zusammengedrukt: Ueber civil und criminal Strafen und Verbrechen. Vom Revisionsrath und Professor Robert in Marburg, und Geheimenrath und Kanzler Koch in Giessen. Giessen 1785. Ge. Engelbrecht Diss. de jurisdictione superiori sive alta, et inferiori sive bassa secundum mores germanorum. Helmstad. 1709. Theod. Boendermaker Diss. de natura et indole delictorum civilium. Traject. ad Rhen. 1765. Leyser Spec. 648. Boehmer ad Carpzovium Qu. 102. Obs. 1. Qu. 109. Obs. 2. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 451.

° Nimmt man den Ausdruck — peinliche Sachen — ganz im allgemeinen, im Gegensaz gegen bürgerliche, und begreifet mithin alle diejenigen darunter, die ein begangenes Verbrechen, und die dadurch verwürkte, öffentliche Strafe betreffen; so ist der oben vom peinlichen

lichen Prozeß gegebene Begriff freilich zu eng. (Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 56.) Allein es soll hier blos die in eigentlichen peinlichen Fällen in peinlichen Gerichten übliche Verfahrungsart beschrieben werden. Die Civilverbrechen werden von dem peinlichen oder auch dem Vogteirichter in den vor ihn gehörigen Fällen ganz summarisch untersuchet und bestraft. Eben dieß ist der Fall bei andern geringen Vergehungen, Disciplinsachen, wie auch Feld = Land = und Forstfreveln u. s. w. die nicht selten an besondere Gerichte, die sogenannten Rüge = Forstgerichte u. s w. gewiesen sind. Claproth a. a. O. §. 452. 453. Jul. Frid. Malblanc Diss. de judiciis quæ Rügegerichte vocantur. Tübing. 1773. Derselbe Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weitern Schiksalen bis auf unsere Zeit. Nürnberg 1783. Kap. I. §. 8. S. 22. Meister a. a. O. Abschn. I. Hauptst. 1. §. 16. 17. S. 21. Gustav Henr. Mylius Diss. de judiciis denunciatoriis Saxonici, Rügerichte dictis. Lips. 1737. Quistorp a. a. O. §. 532. Joh. Fr. Eberhard Von dem geschwornen Montage, oder den Rügegerichten an der Lahn. Marburg 1768. Koch l. c. §. 667.

§. 197.

Quellen des peinlichen Prozesses.

Die Quellen des peinlichen Prozesses sind 1) die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls des Vten. Der Verfasser derselben sezet das inquisitorische Verfahren als rechtmäßig voraus (a), betrachtet jedoch dasselbe als blos subsidiarisch, und behandelt den Anklageprozeß als den ordentlichen und gewöhnlichen. Indessen muß doch dasjenige, was darin von dem lezteren gesagt wird, auch auf den inquisitorischen angewendet werden, so lange die Verschiedenheit der Form keinen Grund zur Ausnahme darbietet (b). 2) Allgemeine, hinreichend erwiesene deutsche Gerichtsobservanzen, de-

ren freilich aber nur wenige sind. 3) Das kanonische Recht, welches vorzüglich wichtig ist, und dem römischen Recht im Zweifel allzeit vorgehet (c). 4.) Das römische Recht, das auch hier als ein Hülfsrecht, in so ferne nicht die veränderte Staatsverfassung eine Ausnahme nothwendig macht, zur Entscheidung dienen muß. 5.) Die Analogie des bürgerlichen Prozesses, verbunden mit den allgemeinen Rechtsgrundsäzen, die allenthalben Anwendung finden (d).

a) P. G. O. Art. 6. 10. 214. 219.

b) Sieh. vorzüglich: Jul. Fried. Malblank Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weiteren Schiksalen bis auf unsere Zeit. Nürnberg 1783. Christ. Thomasius Diss. de occasione, conceptione et intentione constitutionis criminalis carolinæ. Hal. 1711. Christ. Gottfr. Hofmann Diss. prænotiones de origine, progressu et natura jurisprudentiæ criminalis germanicæ. Lips. 1722. Sie ist mit Desselben Tract. de insignioribus defectibus jurisprudentiæ criminalis germanicæ zu Frankfurt an der Oder 1757. zusammengedrukt wieder erschienen. Joh. Horix Wahre Veranlassung der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. Mainz 1757. (Stehet auch bei der von Koch besorgten Ausgabe der P. G. O. abgedrukt) Joh. Christ. Koch Vorrede zu seiner Ausgabe der P. G. O. Giessen 1787. Jo Paul. Kress Præf. ad commentationem in C. C. C. Hannov. 1721. Jos. Ant. Rieggers Vormerkungen zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit. Augsburg und Freiburg 1766. H. J. O. Königs Vorbereitung zur gemeinen in Teuschland üblichen Criminalrechtsgelehrtheit. Halle 1783. Karl Frieder. Gerstlachers Corpus juris germanici publici et privati. das ist, der möglichst ächte Text der deutschen Reichsgesetze, Reichsordnungen und anderer Reichsnormalien, in systematischer Ordnung mit Anmerkungen. Band I. Frankfurt und Leipzig 1783.

Kap. VII. S. 324. Derselbe Handbuch der deutschen Reichsgesetze, nach dem möglichst ächten Text, in systematischer Ordnung. Thl. I. Carlsruhe 1786. Kap. VII. S. 37. und Thl. XI. Abth. I. Stuttgart 1793. Abth. II. Stuttgart 1794.

c) Chrift. Fried. Ge. Meister Diff. de juris romani criminalis in German. foris maxime hodiern. auctoritate. Gœtting. 1766. (in Opufcul. P. I. No. I.) §. 32. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Thl. I. §. 11. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 13.

d) Vergl. Joh. Christ. Eschenbach Von den Eintheilungen und Quellen des Criminalprozesses. Rostock 1788.

§. 198.

Peinliche Gerichte.

Kaiser Karl der Vte will (a), daß alle peinliche Gerichte mit Richtern, Urtheilern und Gerichtsschreibern versehen seyn sollen. Da indessen das Recht, peinliche Gerichte anzuordnen, heut zu Tage ein Ausfluß der Landeshoheit ist; so liegt der Grund der so sehr abweichenden Form derselben in den einzelnen deutschen Provinzen von selbst am Tage. Folgendes jedoch lässet sich im allgemeinen anführen: 1) was von der Fähigkeit des Richters im allgemeinen gilt (b), findet auch hier seine Anwendung. Die peinliche Gerichtsordnung will nur fromme, ehrbare, verständige und erfahrne Personen zum kriminal Richteramt befördert wissen (c), und die Wichtigkeit der hierher gehörigen Sachen bringet es schon mit sich, daß dasselbe nicht einem jeden in gleichem Umfange verliehen werden kann. Es lehret daher die Erfahrung, daß in den meisten Gebieten Teutschlands die niederen peinlichen Ge=

Gerichte niemals selbst sprechen dürfen, sondern die verhandelten Akten entweder an ihren Oberrichter, oder an Juristen Fakultäten und Schöppenstühle zu Einholung eines Urthels einschiken müssen (d). II. Bei den verschiedenen in dem peinlichen Verfahren vorkommenden Handlungen fordert die peinliche Gerichtsordnung (e) eine verschiedene Zahl von Schöppen. Nach dem heutigen Gebrauch aber müssen, in der Regel, wenn Nichtigkeiten vermieden werden wollen, zu allen Haupthandlungen, wohin man die Untersuchung des corporis delicti, das Verhör des Angeschuldigten, das Verhör der Zeugen, die Konfrontation, die Tortur, die Territion, die Ableistung des Reinigungseides, und die Formirung des peinlichen Gerichts bei Vollstrekung peinlicher Urtheile, rechnet, nothwendig zwei Schöppen, nicht blos der Förmlichkeit, sondern des Beweises wegen gezogen werden (f). Bei Nebenhandlungen hingegen, das heist bei all denjenigen Geschäften, die Nebenumstände angehen, wie auch denjenigen, die keinen unmittelbaren Einfluß auf die Verurtheilung des Angeschuldigten haben, z. B bei der dem Vertheidiger gestatteten Einsicht der Akten, bei der Inrotulirung dieser, bei der Eröffnung des Urthels u. s. w. genüget die Gegenwart des Richters, oder eines Beisizers und des Gerichtsschreibers (g).

a) P. G. O. Art. 1.

b) Meine Grundsäze rc. §. 24.

c) P. G. O. Art. 1. Vergl. damit Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Teutschland. Thl. I. Abschn. 1. Hauptst. 3. §. 7. folg. Koch Institut. jur. criminal. §. 688-695. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. Thl. II. §. 536-542.

d)

d) Meister a. a. O. §. 3. S. 45. Koch l. c. §. 646.

e) Sieh. z. B. P. G. O. Art. 12. 13. 46. 47. 48. 181.

f) Diese Regel leidet nur dann eine Ausnahme, wenn entweder ausdrückliche Landesgesetze, oder ein unbezweifelter Gerichtsbrauch das Gegentheil mit sich bringen, oder aber der Angeschuldigte bei seinen Aussagen standhaft beharret, und über ihm zugefügtes Unrecht sich gar nicht beschweret. * Sehr gelehrt haben von den Schöppen gehandelt Fr. Brummer de scabinis medii ævi & recentioribus. In Brummerianis n. II. und vorzüglich Ern. Blümner Scabini judiciorum criminalium ad Legem Carolinam poenalem descripti. Lips. 1794. 4.

g) Berger Oecon. jur. Lib. IV. Tit. 6. not. 1. pag. 750. Leyser Spec. 70. M. 7. Meister a. a. O. Hauptst. 4. besonders §. 11. 12. 13. 14. Koch l. c. §. 688. Quistorp a. a. O. §. 542-546. Boehmer ad C. C. C. Art. 181. §. 3. p. 881. Idem Qu. 26. Obs. 3. Qu. 122. Obs. 5. Kress ad C. C. C. Art. 181. n. 5. p. 452. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 508. Grolmann Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. II. Aufl. II. Thl. §. 413. not. c.

§. 199.

Fortsetzung.

III. Wenn gleich der allgemeine Gerichtsbrauch in dem Fall, wo der Richter zugleich ausdrüklich und namentlich als Aktuar mit verpflichtet ist, die Zuziehung einer besondern, beeidigten Person zu Führung des Protokolles eben so wenig, als statt dieser die Zuziehung zweier tüchtiger Zeugen als wesentlich nothwendig erfordert (a); so ist es doch theils der Wichtigkeit der Sachen, theils der gegentheiligen Lehre so vieler angesehener Rechtsgelehrten wegen (b), besonders wenn Haupthandlungen vorgenommen werden sollen, nie räthlich,

lich, die Beiziehung eines Gerichtsschreibers, oder wenigstens statt seiner zweier tüchtiger Zeugen zu unterlassen. Auch der peinliche Aktuar übrigens muß besonders mit einem Eide beleget seyn (c), und weil mehrere Gelehrte (d) es nicht für hinreichend halten, wenn derselbe erst nachher beeidiget, und der Eid mit auf die vorhergehenden Handlungen gerichtet wird; so ist es, um alle Einwendungen abzuschneiden, am besten, die Beeidigung nicht aufzuschieben, sondern solche gleich Anfangs, bei Eröffnung des Verfahrens vorzunehmen. Daß aber der Gerichtsschreiber zugleich ein geschworner Notar sey, ist nach gemeinen Rechten nicht nothwendig (e), nur muß in Ermangelung eines Aktuars ein Notarius zugezogen und besonders vereidet werden. IV) Dem peinlichen Richter stehen bei Ausübung seines Amtes folgende Personen zu Gebot: 1) der Nach- oder Scharfrichter. (Carnifex) „Unter ihm verstehet man denjenigen, der die Strafe des Köpfens und Rades selbst vollziehet, die Vollziehung anderer Leibes- und Lebensstrafen aber, wie auch die Ausübung der Folter durch seine Leute unter seiner Aufsicht verrichten läßt. Man sezet demselben den Schinder, Caviller, Abdeker entgegen, welcher krepirtes Vieh abdeket, und alle Lebens- und Leibesstrafen, diejenige des Köpfens und des Rades ausgenommen, wie auch die Peinigungen vollziehet. Er ist, der richtigern Lehre nach (f), für anrüchig nicht zu halten, muß sich bei seiner Annahme zu einer getreuen Beobachtung seiner Amtsverrichtungen, und zum Gehorsam gegen den peinlichen Richter, eidlich verpflichten (g) und es ist räthlich, seine Rechte und Verbindlichkeiten, wie auch den ihm für seine Arbeiten gebührenden Lohn in einer genen Instruktion genau zu bestimmen (h).

a)

a) Meine Grundsätze rc. §. 45.

b) Koch l. c. §. 698. Quistorp a. a. O. §. 546. 547. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. I. Abschn. 1. Hauptst. 5. §. 1. §. 4-6. Grolmann a. a. O. §. 414. not. b.

c) P. G. O. Art. 5.

d) Meister a. a. O. §. 11. Koch l. c. §. 689. Quistorp a. a. O. §. 548. Boehmer ad C. C. C. Art. V. p. 31. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 45.

e) Koch l. c. Meister a. a. O. §. 12. 13. Quistorp a. a. O. — Von den Pflichten eines peinlichen Gerichtsschreibers handeln die angeführten Schriftsteller umständlich. Vergl. P. G. O. Art. 5. 181-203. Meister Princip. jur. crim. §. 355. Von den nöthigen Qualitäten der zu einem gehörig besezten Criminalgerichte wesentlich erforderlichen Personen handelt Grolmann a. a. O. §. 415.

f) J. F. Plitt Diss. de levis notæ macula ex jure germanico. Marburg. 1784. §. 10. seq. Quistorp a. a. O. §. 553. Abr. Kästner D. de carnifice fama non laborante. Lips. 1745. Das Gegentheil behaupten: Meister a. a. O. Kap. VI. §. 11. Joh. Heinr. Christ. de Selchow Diss. selecta capita doctrinæ de infamia. Gœtting. 1770. §. 11. (Stehet auch in Desselben Elector. jur. germanor. publ. et priv. Lips. 1771. No. 8. pag. 441.)

g) P. G. O. Art. 96. Ba. H. G. O. Art. 9.

h) Kleider und andere Sachen von geringem Werthe, die der zum Tode vertheilte bei sich führet, fallen gewöhnlich dem Scharfrichter heim. Keineswegs aber ist derselbe berechtigt, auf andere Güter, die dem Verurtheilten zugehört haben, Ansprache zu machen. Quistorp a. a. O. §. 552. 553. Boehmer ad C. C. C. Art. 97. 98. pag. 305 Umständlichere Nachrichten von den Rechten und Pflichten des Scharfrichters giebt Meister a. a. O. Hauptst. VI.

§. 200.

§. 200.

Fortsezung.

2) Der Gefangenwärter (commentarienſis). Diesem liegt die Aufsicht über die Gefangenen, und die Sorge für ihre Verpflegung ob. Billig wacht der Richter mit höchster Sorgfalt darüber, daß derselbe das ihm übertragene Amt nicht durch eine unmenschliche, gefühllose Behandlungsart schändet, auf der andern Seite aber auch nichts sich erlaubet und zuläßt, wodurch die Untersuchung und Bestrafung des in Frage stehenden Verbrechens vereitelt, oder erschweret werden könnte (a). 3.) Der Büttel, Gerichtsknecht (Lictor). Er legt den Gefangenen die Bande an, schliesset solche, wenn es nöthig ist, wieder auf, führet die Angeschuldigten vor Gericht, entlediget dieselben während des Verhörs ihrer Banden, und führet sie nach dessen Beendigung geschlossen in das Gefängniß wieder zurük (b). 4) Der Gerichtsdiener (Pedell, apparitor) endlich wartet dem Richter während der Gerichtssizung auf, und vollziehet diejenigen Aufträge, die für den Gefangenwärter und Büttel nicht gehören (c). — Billig werden alle diese Untergerichtsbedienten, besonders der leztere, der Gerichtsdiener nämlich, ausdrüklich mit dahin beeidiget, daß sie um alle Verbrechen, die vorfallen, sich sorgfältig bekümmern, und solche dem Richter auf das geschwindeste und umständlichste anzeigen wollen.

a) P. G. O. Art. 180. Claproth Einleitung in sämtl. summar. Prozesse. §. 470. 476.

b) P. G. O. Art. 56.

c) Meine Grundsäze. ꝛc. §. 48.

§. 201.

§. 201.

Fortsezung.

V. Bei dem Anklage- gemischten- wie auch zuweilen einfachen Untersuchungsprozeß (a) kommen peinliche Fiskale vor, die im Namen des Staates die Stelle der Kläger gegen Verbrecher vertreten (b). Sie sind, in der Regel, Agenten zu bestellen befugt (c), auch von der Kautionsleistung frei, und können zum Ersaz der Kosten und anderweitigen Genugthuung nur dann angehalten werden, wann sie aus eigenem Antrieb aufgetreten sind, ihre Kalumnie erwiesen ist, und es am Tage liegt, daß sie ohne genugsame Gründe verfahren haben. VI. Bei all denjenigen Handlungen, die die Hauptsache betreffen, und die ohne die persönliche Gegenwart des peinlich Beklagten nich vorgenommen werden können, muß dieser jedesmal in Person erscheinen, und darf auch durch einen Sachwalter nicht antworten (d) Wenn jedoch von gauzen Gemeinheiten (e), oder illüstern Personen (f) die Rede ist, so leidet diese Regel eine Ausnahme. Auch bei geringen Vergehungen, die nur mit Geld- mäßigen Gefängniß- Verbannungs- oder andern Strafen, die an einem Abwesenden vollzogen werden können, beleget zu werden pflegen, lässet man Sachverwalter zu (g). VII. Keinem Angeklagten endlich kann der Gebrauch eines Fürsprechers verweigert werden, es muß vielmehr; wie unten an den gehörigen Orten gezeiget werden wird, der Richter allenfalls von Amtswegen für die Bestellung desselben besorgt seyn (h).

a) Das leztere kann dann der Fall seyn, wenn die zu den Akten gebrachte Vertheidigungsschrift des Inquisiten eine Widerlegung bedarf. Sieh. Meister Ausführ-

führliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Teutschland. Thl. II. Abschn. 1. Hauptst. 8. §. 22-25.

b) Umständlich handeln von diesen Fiskalen Meister a. a. O. Hauptst. VIII. §. 1-31. Auch Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Thl. II. §. 550.

c) P. G. O. Art. 12. Meine Grundsätze rc. §. 43.

*) Grolmann a. a. O. §. 543.

d) Meine Grundsätze a. a. O.

e) L. 6. §. 1. D. quod cujusque universitat. nom. L. 18. §. 2. C. de re militari.

f) L. 11. C. de injur.

g) Koch Institut. jur. crimin. §. 704. Quistorp a. a. O. §. 551. Just. Hen. Boehmer Diss. de potestate procuratoris in caussis criminalibus. Hal. 1726. (in Exercitat. ad Pand. Tom. II. No. 32.) Meister a. a. O. Thl. III. Abschn. 1. Hauptst. 9.

h) Meister a. a. O. §. 31. folg. Phil. Thom. Köhler Diss. sistens meditationes quasdam de emendanda re criminali. Mogunt. 1787. Medit. I. p. 1-24. Leyser Spec. 562. M. 3. 7. 10.

§. 202.

Gerichtsstand in peinlichen Sachen.

Von den verschiedenen Gerichtsständen in peinlichen Sachen, und den Verhältnissen derselben gegen einander ist schon an einem andern Orte das nöthige bemerket worden (a). Auch wegen der befreieten Gerichtsstände ist hier noch etwas anzuführen nicht nothwendig. (b).

a) Sieh. Meine Grundsätze rc. §. 28. 33. 53. 54.

b) Ebendaselbst §. 34-38. Sieh. noch Koch Instit.

Instit. jur. criminal. §. 670. seq. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 454. folg. Car. Aug. Brehm Diss. de delictis exceptis. Lips. 1788 Cap. I. Joh. Ludw. Klüber Kleine juristische Bibliothek. Band II. S. 336. folg. Vergl. hiezu überhaupt noch Grolmann a. a. O. §. 408 = 412.

§. 203.

Beschaffenheit der Gefängnisse, und Behandlungsart der Gefangenen.

Ehe ein Angeschuldigter in das Gefängniß gebracht wird, muß er genau durchsucht werden. Alles wodurch er am Leib, oder Leben sich schaden, oder die Flucht erleichtern könnte, wird ihm abgenommen, das Geld, das er bei sich führet, wie auch alle andere Sachen von Werth, sie mögen ihm nun eigen gehören, oder nicht, nimmt der Richter gleichfalls zur Hand um sie entweder dem wahren Eigenthümer zuzustellen, oder bis nach geendigtem Prozeß sie aufzubewahren oder auch sich ihrer zu Erforschung der Wahrheit zu bedienen — Die Gefängnisse, wenn sie zweckmäßig eingerichtet seyn sollen, (a) müssen dem Eingekerkerten die Flucht, so viel möglich ist, unthunlich machen, auf der andern Seite aber der Gesundheit durchaus nicht nachtheilig werden; Bande werden billig nur im Nothfall, und auch hier so gelinde als möglich angeleget; kranken Gefangenen darf es an nothwendigen Heilmitteln und sonstiger Pflege nicht gebrechen; überhaupt aber macht es sich ein jeder gewissenhafter Richter zur heiligen Pflicht, für die menschliche Behandlung der Gefangenen unermüdet zu sorgen, so daß der Schuldige nicht doppelte Strafe leide, und der Unschuldige am Ende seiner Gefangenschaft nicht doppelte Ursache habe,

habe, sein hartes Schiksal zu beseufzen. (b) Einem Gefangenen unschuldige Unterhaltung z. B. durch lesen, schreiben u. s. w. versagen zu wollen, ist grausam, und so lange es möglich ist, muß die Einrichtung so getroffen werden, daß ein jeder Gefangener abgesondert bleibet. Den ordentlichen Geistlichen, die mit dem Gefangenen die nämliche Religion bekennen, darf, besonders wenn dieser es verlanget, der Zutritt nicht verweigert werden, und Personen von Stand bewachet man, auf ihr Verlangen und Kosten, wenn nicht von einem sehr schweren Verbrechen die Rede ist, in ihrem Hause — Mißbrauchet der Richter nach einer, oder der andern dieser Hinsichten die ihm anvertraute Gewalt, so führet der beschwerte Gefangene bei dem nächsten Oberen mit Recht Klage, und von gerechten Regierungen ist schleunigste, nachdrüklichste Hülfe zu erwarten (c).

a) Wächter Ueber Zuchthäuser und Zuchthausstrafen. Stuttg. 1786. Wagnitz Ueber die Verbesserung der Zuchthausgefangenen. Halle 1787. 8. Desselben Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland. Halle 1791-94. 2 Thle.

b) P. G. O. Art. 11. „und ist dabei sonderlich zu „merken, daß die Gefengnuß zu Behaltung, und nit „zu schwerer geverlicher Peinigung der Gefangenen „sollen gemacht und zugericht sein.„ Eben so humane Bestimmungen enthält die L. 1. De custod. reor. (IX. 4.)

c) Vergl. auch Claproth Einleitung in sämtl. summ. Prozesse. §. 476. folg.

§. 204.

Verschiedene Arten des peinlichen Prozesses.

In der Natur der Sache liegt es schon, daß der peinliche Prozeß gegen anwesende Verbrecher von demjenigen gegen abwesende gar sehr abweichen muß. Es soll daher zuerst, von der gegen gegenwärtige Verbrecher üblichen Verfahrungsart, dann auch von derjenigen gegen abwesende gehandelt werden.

A) Von der gegen anwesende Verbrecher üblichen Verfahrungsart.

§. 205.

Fortsetzung. 1) Ordentlicher, summarischer peinlicher Prozeß.

Beobachtet der Richter bei der Untersuchung eines Verbrechens alle in den Gesezen vorgeschriebene, oder durch den Gerichtsbrauch eingeführte Förmlich- und Feierlichkeiten; so führet dieses Verfahren den Namen des ordentlichen peinlichen Prozesses. Werden hingegen mit Umgehung aller ausserwesentlichen Förmlich- und Feierlichkeiten nur die zu Erforschung der Wahrheit wesentlich nothwendigen Stüke beobachtet; so ist dieses der summarische peinliche Prozeß. Der erstere macht die Regel aus, sezet einen eigentlich peinlichen Fall voraus, und kann nur von dem peinlichen Richter verhandelt werden. Der leztere kommt bei geringeren Verbrechen, die mit Geldbuße, mäßigem Gefängniß, gemeinem Halseisen, Absezung vom Dienst, oder andern geringen Strafen geahndet werden, vor, und kann auch bei dem bürgerlichen Richter, in den näm-

nämlich seinem Gerichtszwange unterworfenen Fällen, verhandelt werden. Bei ihm schränket man sich auf die Hauptumstände des begangenen Verbrechens ein, und verbreitet sich über kleinere Nebenumstände der That nicht. Auch in Hinsicht der Bestellung der Gerichte der Verhaftnehmung, der Untersuchung des corporis delicti, der Zulassung einer besonderen Defension, der Mittel die Wahrheit zu erforschen, der Bestellung der Anwälde und Fürsprecher, und mehreren andern Dingen weichet derselbe von den ordentlichen ab (a). — Hier ist nur von diesem — nämlich dem ordentlichen peinlichen Prozeß die Rede.

a) Joh. Christ. Eschenbach Progr. de Inquisitione summaria. Rost. 1785. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, §. 589.

§. 206.

Fortsetzung. 2) Anklage- Untersuchungs- gemischter Prozeß.

Geschiehet die Untersuchung und Bestrafung eines Verbrechens auf Verlangen eines Anklägers: so ist der Anklageprozeß vorhanden. Verfähret hingegen der Richter gegen einen Verbrecher ohne Anklage, vermöge seiner Amtspflichten; so tritt der Untersuchungs- oder Inquisitonsprozeß ein *). Wird endlich neben der Untersuchung und Bestrafung des begangenen Verbrechens selbst, bei dem peinlichen Richter auch noch auf Entschädigung deßjenigen dem durch ein Verbrechen Nachtheil, oder Beleidigung zugefüget worden, gedrungen; so heißt dieß der gemischte, oder auch Adhäsions- unschicklich aber Denunciationsprozeß (a). Dieser findet nicht nur dann

statt,

statt, wann der Beschädigte als Ankläger auftritt, und sein Gesuch auf beide Stüke richtet, sondern auch bei der Inquisition und fiskalischen Anklage ja auch bei der von einem andern Privatmanne angestellten Anklage (b) — Von ihm hier noch etwas weiter anzuführen ist nicht nothwendig — Der Anklageprozeß zerfällt wieder in den Bann= und Anklageprozeß im engern Sinne, wovon unten — Den Untersuchunsprozeß hingegen theilet man in den einfachen und gemischten oder fiskalischen ab. Bei dem ersteren verfähret der Richter von Anfang bis an das Ende von Amtswegen. Bei dem lezteren aber wird nach geendigter Generalinquisition ein Ankläger von Amtswegen bestellet. Dieser kommt, so lange noch kein Ankläger ernannt ist, mit dem einfachen Inquisitionsprozeß ganz überein. So bald hingegen ein Ankläger auftritt, ist derselbe dem Anklageprozeß fast ganz gleich, und nur darin hauptsächlich von demselben verschieden, daß der Richter freiere Hände behält, die Anträge des Anklägers abändern, sie mehren und mindern kann (c) — Hier wird nur von dem einfachen Untersuchungsprozeß gehandelt. —

*) Ueber den Werth des Untersuchungsprozesses verglichen mit dem Anklageprozeß, sind die Ansichten sehr verschieden. Man sehe Kleinschrod in dem Archive B. II. St. 4. n. I.

a) Sieh. Meine Grundsätze rc. §. 54. 56.

b) P. G. O. Art. 198. 207. 208. Joh. Christ. Eschenbach Von den Eintheilungen und Quellen des Kriminalprozesses. Rostock 1788. §. 7. S. 17. Herm. Besecke D. de tertia specie processus mixti scilicet s. denunciatorii &c. Rost. 1760. Klein-

 schrod

schrod theoria processus denunciatorii seu potius adhaesionis. Virceb. 1797.

c) Der gegebene Begriff vom gemischten Prozeß ist jedoch nicht aller Orten durchaus passend. In den einzelnen Provinzen sind in Ansehung der Verfahrungsart bei demselben gar mancherlei Modifikationen eingeführet, und der Amtsankläger tritt entweder gleich nach geendigter Generalinquisition, oder erst später auf. Koch Institut. jur. criminal. §. 706. 780. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 589.

§. 207.

Ursprung des Anklage- und Untersuchungsprozesses.

Die Römer kannten blos den Anklage- nicht den Inquisitionsprozeß (a). Auch bei den alten Teutschen konnte, wie dieß der Fall fast bei allen unkultivirten Nationen ist, vermöge der Parömie — wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter — ohne einen Ankläger niemand bestrafet werden, und allen Erforschungen von Amtswegen war der Weg versperrt. Die alten Sendgerichte, deren Bestimmung ursprünglich blos auf die Untersuchung und Bestrafung geistlicher Verbrechen ging, die aber bald, unter dem Vorwand der geistlichen Aufsicht über der Laien Lebenswandel, fast alle weltliche Vergehungen zu Sendfällen machten, führten zuerst das inquisitorische Verfahren ein. Zu ihrem Behuf waren eigene Synodalzeugen (exploratores criminum, promotores jurisdictionis episcopalis) angestellt, die über das Verhalten der Laien wachen, und alle ihnen bekannt gewordene Vergehungen der Send anzeigen mußten. Innocenz der IIIte. sezet daher schon das inquisitorische Verfahren der Bischöffe als eine bekannte

Sache

Sache voraus (b), schärfet die fleißige Haltung der Sendgerichte und die Bestellung besonderer Explorato=ren nachdrüklich ein (c), und gab auf diese Weise dem Gebrauche des Untersuchungsprozes gesezliches Ansehen (d). Bei den weltlichen Gerichten in Teutschland jedoch wollte der Inquisitionsprozeß lange keinen Fortgang gewinnen. Den Obrigkeiten lag zwar die Verfolgung der Landfriedensbrecher von Amtswegen ob, auch war in den verrufenen westphälischen Gerichten das Ver=fahren nur gar zu inquisitorisch; allein in den übri=gen weltlichen Gerichten ward doch noch in Ansehung der angesessenen Bürger und Unterthanen der Grund=saz — wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter — genau befolget, wozu der gerechte Abscheu für den Mißbräuchen der Send = und westphälischen Gerichte wohl viel beigetragen haben mag. Indessen fand doch auch in den weltlichen Gerichten, aller jener Hinder=nisse ohngeachtet, durch die vereinigten Bemühungen der damaligen Rechtsgelehrttn und Formelnschreiber, der Untersuchungsprozeß nach und nach immer mehr Eingang. Der Nuzen, den er der gemeinen Sicher=heit leistete, empfahl ihn von selbst, und der Verfasser der peinlichen Gerichtsordnung sezet ihn e) schon als rechtmäßig voraus, so jedoch, daß er den Anklagepro=zeß als den ordentlichen, den inquisitorischen aber als den subsidiarischen behandelt. Der Anklageprozeß gilt daher noch heute, und wird sogar, wenn ein Ankäger vorhanden ist, dem inquisitorischen vorgezogen, kömmt aber, wegen der denselben begleitenden vielen Schwie=rigkeiten höchst selten vor (f). Der Untersuchungs=prozeß hingegen ist nun schon seit langer Zeit in Teutsch=land der gewöhnliche und ordentliche, und heut zu Tage ist es keinem Zweifel mehr unterworfen, daß

der Richter auch von Amtswegen, ohne vorgängige Anklage, berüchtigte Uebelthäter einziehen, und ihre Verbrechen untersuchen und bestrafen kann, wie auch, daß derselbe, wenn schon ein Ankläger vorhanden wäre, dieser aber mit dem Thäter sich abfinden wollte, doch nichts desto weniger mit der Untersuchung und Bestrafung zu verfahren berechtiget und schuldig ist (g. Nur wenige Verbrechen machen hiervon eine Ausnahme, und können nur auf Begehren des beleidigten Theils untersuchet und bestrafet werden. Dahin gehören: 1) der Diebstahl unter Ehegatten und den nächsten Erben (h); 2) wörtliche Injurien. Irrig hingegen ist es, wenn 3) einige auch den Ehebruch hieher rechnen (i).

a) Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Tom. IV. Lib. 5. Tit. 1. §. 81. seq. Christ. Thomasius Diss. de origine processus inquisitorii. §. 35. §. 38-46. Halæ 1711 in Vol. III. Diss. n. 8. — Eschenbach in der Fortsetzung zu Meisters vollständigen Einleitung zur peinlichen Rechtsgel. S. 26. folg. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 590. Koch Institut. jur. criminal. §. 707. Das Gegentheil behauptet: Leyser Spec. 560. M. 10.

b) c. 17. 24. x. de accusat.

c) c. 25. x. de accusat.

d) c. 10. 14. 16. 19. 21. de accusat.

e) P. G. O. Art. 6. 11. 12. 13. 14. 214. 219.

f) Koch l. c. §. 708. 709. Quistorp a. a. O. §. 591. Jul. Fried. Malblank Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weiteren Schiksalen bis auf unsere Zeit. Nürnberg 1783. Kap. II. §. 15. S. 58 = 71. Boehmer ad C. C. C. Art. 214. §. 3. Conside-

derazioni di Francesco Mario Pagano sul Processo criminale. in Napoli 1787. C. VI. p. 28. seq. Joh. Christ. Eschenbach Vom Begriffe der Generalinquisition. Rostok 1789. §. 1 = 7.

g) P. G. O. Art. 11.

h) P. G. O. Art. 165.

i) Der Art. 120. der P. G. O. auf den man sich beruft, enthält von dieser Ausnahme kein Wort, und die Worte der Bambergischen Konstitution Art. 145. „Doch soll kein Richter den Ehebruch von Amtswegen zu strafen fürnehmen ohne wissentlich Zulassen und Bevelch unserer Hofrathe„ können hierher nicht gezogen werden, da der Gesezgeber geflissentlich sie ausgelassen hat. Ausserdem noch beweiset jene Stelle nicht einmal das, was sie beweisen soll. Sie verweiset die Untersuchung und Bestrafung des Ehebruchs an das Hofrathskollegium, ohne dieselbe bis zur Beschwerdeführung des beleidigten Theils aufzuschieben. Wie nachtheilig würden auch die Folgen seyn, wenn der Richter den Ehebruch allzeit bis zur Beschwerdeführung des beleidigten Gatten ununtersucht und unbestraft lassen wollte! Sieh. indessen Koch l. c. §. 710. Car. Aug. Brehm Diss. de delictis exceptis. Lips. 1788. Cap. III. Ge. Engelbrecht Pr. de criminibus exceptis. Helmst. 1711. Grolman a. a. O. §. 426. vergl. mit §. 385. Das Partikularrecht hat, nach ihm, diesen Fällen noch mehrere, insbesondere die sogenannten fiskalischen Straffälle zugefügt, so wie im Gegentheil bei den an die Polizeigerichte gewiesenen Straffällen gewöhnlich nur die Form des Untersuchungsprozesses als zulässig betrachtet wird.

I.) Von dem einfachen Untersuchungprozeß (§. 206.)

§. 208.

Generel = Specialinquisition.

Der Inbegriff derjenigen Handlungen im Untersuchungsprozeß, durch welche der Richter erforschet und bestimmet, ob gegen Jemand die Specialinquisition angestellet werden müsse, macht die Generalinquisition aus. Der Inbegriff derjenigen Handlungen im Untersuchungsprozeß hingegen, durch welche der Richter erforschet und entscheidet, ob und wie eine wegen eines Verbrechens in Untersuchung gezogene Person zu bestrafen sey, heißt die Specialinquisition (a). — Aus diesen Begriffen folget, daß die Specialinquisition nicht immer auf die Generalinquisition folget, daß aber auch in der Regel niemals ohne vorgängige Generalinquisition zu der Specialinquisition geschritten werden darf. Nur in dem einzigen Fall dürfte diese leztere Regel eine Ausnahme leiden, wenn eines Theils nicht nur das corpus delicti zur vollkommenen Gewißheit gebracht sondern auch andern Theils der Thäter schon mit völliger Zuverläßigkeit ausfindig gemacht ist (b) — In der Generalinquisition übrigens kommen folgende, nun, einzeln näher zu erörternde Gegenstände vor: 1) Veranlassung der Untersuchung; 2) Erkundigung der Wirklichkeit des Verbrechens; 3) Anstalten, sich derjenigen Personen zu versichern, deren man zur Fortsezung der Untersuchung bedarf, im Fall man ihre Erfernung besorget, oder sie sich entfernet haben: 4) Entdekung des Thäters; 5) Entscheidung, ob gegen jemand mit der Specialinquisition verfahren werden solle.

a)

a) Die Rechtsgelehrte geben gar verschiedene Begriffe von der General- und Specialinquisition. Sieh. z. B. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 592. Koch Institut. jur. criminal. §. 712. Nettelbladt Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrtheit. §. 1504. 1505. Derselbe Diss. de sententia condemnatoria sine prævia inquisitione speciali. Hal. 1774. Sect. I. §. 1. (Auch in Dessen Exercitat. academ. No. 28.). Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 499. Hier sind die von Joh Christ. Eschenbach Vom Begriff der Generalinquisition. Rostock 1789. §. 7. gegebenen Begriffe angenommen worden. Derselbe zählet die von andern gegebenen Erklärungen auf, und rechtfertiget zugleich die seinigen umständlich. Klein, Kleinschrod und Siewert über den Unterschied der General- und Specialinquisition in dem Archive, B. I. St. 1. n. 3.. B. III. St. 1. n. 2. B. V. St. 2. n. 4 Beinahe jedes der neuesten Compendien, z. B. von Meister, Feuerbach, Tittmann, Grolmann u. s. w. enthält eine eigenthümliche Bestimmung dieser Begriffe. Die neueste Schrift hierüber ist Hagemeisters Erörterungen über General- und Spezialinquisition. Berlin 1804. Grolman hat seine Definition aus dessen Principien gefolgert.

b) Quistorp a. a. O. Mevius P. V. Dec. 301. Koch l. c. §. 779.

§. 209.

1) Veranlassung der Untersuchung.

Will der Richter sich nicht einer Injurien- und Entschädigungsklage aussezen (a); so darf er ohne hinreichende Veranlassung eine Untersuchung gegen niemand verhängen. Diese Veranlassung kann aber entweder in einer Denuntiation, oder in einem allgemeinen Gerüchte liegen (b). Die erste ist nichts anders, als die Anzeige eines begangenen Verbrechens, manchmal auch seines Urhebers, die dem Richter in der Absicht, die Untersuchung desselben zu bewirken, durch gewisse Umstände wahrscheinlich gemacht wird, und sie unterscheidet

sich

sich durch die angegebene Absicht des Anbringers von dem lezteren. Dieß sind die zwei einzig denkbar Wege, auf welchen ein begangenes Verbrechen zu des Richters Wissenschaft gelangen kann, und es ist daher vergeblich, noch andere besondere Veranlassungsursachen aufsuchen zu wollen(c), so viel aber ist richtig, daß nicht sowohl die Denuntiation, oder das allgemeine Gerücht an und für sich, als vielmehr die mit beiden verbundenen Umstände und übrigen Anzeigen, die solchen den gehörigen Grad von Wahrscheinlichkeit geben, die Verhängung der Inquisition eigentlich begründen und rechtfertigen (d). In jedem Falle aber ist der Richter verbunden, zu seiner Legitimation sowohl, als zur Belehrung des künftigen Urthelsverfassers die Veranlassung der verhängten Inquisition mit allen, auch den geringsten Nebenumständen sorgfältig zu Protokoll zu nehmen (e).

a) P. G. O. Art. 20. 61.

b) P. G. O. Art. 6.

c) Diß thun z. B. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1834. folg. Claproth Einleitung in sämmtliche summar. Prozesse. §. 501. folg. Eben so ist auch Grolmann a. a. O. §. 554. Weniger bedenklich in Verhängung der Generalinquisition, gibt dann aber auch die nöthigen Vorsichtsmaßregeln hiebei an die Hand.

d) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Thl. II. §. 596. Ludovici Einl. zum peinl. Prozeß. Kap. I. §. 3. 4. Koch Institut. jur. criminal. §. 713.

e) P. G. O. Art. 7. Ludovici a. a. O. §. 5. 6.

§. 210.

Denuntiation eines begangenen Verbrechens.

Wenn man bedenket, daß auch der unschuldigste Mensch, durch Bosheit gottloser und schadenfroher Leute, durch Härte seines Schicksals, durch Unvorsichtigkeit und Sorglosigkeit, durch eine seltsame Verbindung unglücklicher Umstände und Verhältnisse, in den Verdacht eines begangenen Verbrechens kommen kann, und darneben die fast unabsehbar nachtheiligen Folgen eines verhängten peinlichen Prozesses erwäget; so liegt von selbst am Tage, daß der Richter eine ihm gemachte Denuntiation, mit allen angegebenen Umständen auf das sorgfältigste zu prüfen verbunden ist. Er muß daher auf die Beschaffenheit des Denuntianten und seine Glaubwürdigkeit, auf die Gründe, die er seiner Angabe unterleget, auf die Natur des angezeigten Verbrechens selbst, auf die Person des Denuntiirten seine ganze Aufmerksamkeit richten, und aus all diesen Umständen zusammengenommen den Grad der erzeugten Wahrscheinlichkeit nach logischen Regeln beurtheilen (a). Alle ihm bekannten Umstände ist der Denuntiant anzugeben schuldig, und, nach Befinden der Umstände, auch verbunden, sein Vorgeben eidlich zu bestärken (b). Zu dem Beweis der Richtigkeit seiner Angabe hingegen ist derselbe eben so wenig, als zu einer Sicherheitsleistung, oder zum Vorschuß der Untersuchungskosten gehalten (c). Die Verschweigung seines Namens verlanget er so lange mit Recht, als nicht der Denuntiat denselben zum Behuf seiner Vertheidigung zu wissen begehret (d). Ausser denjenigen Personen, die vermöge ihres Amts alle ihnen bekannt gewordene Verbrechen anzeigen müssen (e), legen die Reichsge-

seze (f) einem jeden die Verbindlichkeit zu der Anzeige auf, der einen des Hochverraths, oder Gotteslästerung Schuldigen anzugeben weiß, und einzelne Landesgeseze haben diese Obliegenheit nicht selten noch auf andere Verbrechen ausgedehnet (g). Diejenigen, die das ihnen durch die Geseze aufgelegte Siegel der Verschwiegenheit brechen, handeln zwar, in der Regel, unrecht, und verdienen, nach Befinden der Umstände, Strafe, aber daß eine von ihnen gemachte Denuntiation niemals Veranlassung zur Verhängung der Untersuchung werden könne, lässet sich mit Gründen nicht behaupten, es hänget vielmehr alles von dem innern Gehalt der Anzeige selbst ab (h). Gegen den Inquisiten kann der Denuntiant nur dann einen gültigen, unverwerflichen Zeugen abgeben, wenn seine Anzeige durch die Aussage eines andern vollgültigen Zeugen, oder auf andere Art höchst wahrscheinlich gemacht wird, und er sonst auch nach der allgemeinen Lehre vom Beweis und von der Glaubwürdigkeit der Zeugen zugelassen werden muß (i). Wegen in der Folge erdichtet und falsch befundenen Angaben kann der Denuntiant, nach dem Maaße seiner Boßheit, oder wenigstens unentschuldbaren Nachläßigkeit nicht nur mit einer öffentlichen Strafe beleget werden, sondern ist auch dem Denuntiirten zum Schadensersaz und sonstiger Genugthuung allerdings gehalten (k).

a) Car. Frid. Walch Diss. de verisimilitudine criminis. Jen. 1785. Jos. Ernst. Lud. Püttmann Diss. de lubrico indiciorum. Lips. 1785. Christ. Jac. Heil Judex et defensor in processu inquisitionis. Lips. 1717. Cap. I. §. 1. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 13. Ludovici Einleit. zum peinlichen Prozeß. Kap. I. §. 7. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 4. 7. 8. 9. Ueber die Requisite

ſite einer glaubwürdigen Denuntiation vergl. auch Grolmann a. a. O. §. 535. not. c.

b) Koch Inſtitut. jur. criminal. §. 714. Leyſer Spec. 560 M. 24. 26. Wernher P. III. Obſ. 214. Juſt. Hen. Boehmer Jus eccl. Proteſtant. Tom. IV. Lib. 5. Tit. 1. §. 100. ſeq. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 9.

c) Mevius P. I. Dec. 41. Quiſtorp Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. §. 595. Deſſelben Abhandlung, in wiefern ein Denuntiant zu den Koſten der Inquiſition gehalten ſey? (in Deſſen Beiträgen No. IX. S. 138.) Joh. Tob. Carrach Rechtliche Anmerkungen von der Schuldigkeit, die Unkoſten einer Inquiſition zu tragen. Halle 1774. §. 7. Ludovici a. a O. §. 10. Koch l. c. Wernher P. I. Obſ. 156.

d) P. G. O. Art. 20. 61. Juſt. Hen. Boehmer l. c. §. 96. 97. Joſ. Lud. Ern. Püttmann Elementa jur. criminal. §. 765. Dem Richter jedoch müſſen der Name und der Stand des Angebers niemals unbekannt ſeyn, indem die Angabe eines Unbekannten, in der Regel, keinen Glauben verdienet. P. G. O. Art. 63. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 6.

e) Sieh. Claproth Einleitung in ſämtliche ſummariſche Prozeſſe. §. 502.

f) R. A. 1577. Thl. I. §. 4. G. B. Kap. 24. §. 9. 10.

g) Car. Aug. Brehm Diſſ. de delictis exceptis. Lipſ. 1788. Cap. II. Claproth a. a. O.

h) Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 5. Idem ad Carpzov. Qu. 108. Obſ. 7. Vergl. Juſt. Hen. Boehmer l. c. §. 98. 99. Koch l. c.

i) Der Ankläger iſt durchaus unfähig, er würde Zeuge in eigener Sache ſeyn. Der Diffamant wird blos dann zugelaſſen, wenn er ſeine Beſchuldigung aus Leichtſinn, keineswegs aber in der Abſicht zu beleidigen, verbreitet hat. Leyſer Spec. 560. M. 26. 27.

27. Quistorp a. a. O. §. 594. Derselbe Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. Leipzig 1793. No. 71. S. 226. Gall. Aloys Kleinschrod Diss. de delatorum in caussa criminali testimonio. Wirceburg. 1789.

k) Quistorp a. a. O. §. 595. Koch l. c. Mevius P. I. Dec. 41. von Cramer Nebenstunden. Thl. 43. Abhandl. 5.

* Von dem Diffamanten ist der Denuntiant verschieden. Der erstere streuet seine Beschuldigungen unter die Leute aus, der leztere thut diß nicht, sondern zeiget sie dem Richter an — Der Ankläger dringet auf die öffentliche Strafe, und verfolget diese seine Absicht durch das ganze Verfahren hindurch, der Denuntiant hingegen dringet nie auf die öffentliche Bestrafung, und wenn ihn auch sein eigenes Interesse zu der Anzeige bewegt; so sucht er doch blos Schadloshaltung, man kann daher beide nicht mit einander vergleichen.

§. 211.

Allgemeines Gerücht wegen eines begangenen Verbrechens.

Trüglicher noch als Denuntiation ist das allgemeine Gerücht eines begangenen Verbrechens. Die Gesezgeber selbst drüken sich hierüber also aus — vanæ populi voces audiendæ non sunt — (a), und die tägliche Erfahrung lehret, wie wenig man allgemeinen Sagen trauen darf. Es kommt hierbei alles auf die Art und Beschaffenheit des angeblich begangenen Verbrechens selbst, auf die Umstände, unter welchen es begangen worden seyn soll, auf die Person des vorgeblichen Verbrechers ob er nämlich ein solcher ist, zu dem man sich der That versehen kann (b), auf seinen Lebenswandel überhaupt, und besonders auf sein Betragen, das der That unmittelbar vorangegangen und und auf dieselbe gefolget ist, wie auch nicht weniger darauf,

darauf an, ob sich ein Beweggrund zu dem Verbrechen entdeken lässet, und so bald bei einem Umstande mehrere Ursachen denkbar sind, warum derselbe so ist; so darf man ohne hinreichenden Grund nie eine derselben für wahr annehmen. Billig achtet daher der Richter, so bald ein allgemeines Gerücht wegen eines begangenen Verbrechens entstehet, auf alle jene Punkte mit höchster Sorgfalt, vernimmt immer einen nach dem andern, der von der Sage gehöret haben will, um auf diese Weise, wo möglich, auf den ersten Ursprung zu kommen, und den Grad der Wahrscheinlichkeit des Grüchts bestimmen zu können (c).

a) L. 12. §. 1. C. de pœnis.

b) Das Sprüchwort: qui semel fuit malus, is semper præsumitur talis, trüget oft, und kann höchstens nur bei Verbrechen von eben derselben Art angewandt werden.

c) P. G. O. Art. 6. 25. c. 9. 24. x. de accusat. Struben R. B. Thl. V. B. 80. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Protestant. Tom. IV. Lib. 5. Tit. 1. §. 90. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 4. Art. XXV. §. 1. seq. de Cramer Tom. III. Obs. 894. Eschenbach Ausführliche Abhandlung der Generaluntersuchung. Kap. 3.

§. 212.

2.) Erkundigung der Wirklichkeit des Verbrechens.

So bald der Richter zur Verhängung einer Untersuchung veranlasset ist, muß seine erste Beschäftigung die seyn, sich nach der Wirklichkeit und Existenz des angeblich begangenen Verbrechens zu erkundigen. Diese Wirklichkeit, oder Existenz eines Verbrechens pfleget das corpus delicti genannt zu werden (a),

und

und die Wissenschaft von der Existenz eines begangenen Verbrechens aus einer andern Quelle, als aus dem blosen Geständnisse des Verbrechers erlangt, macht die Gewißheit des corporis delicti aus (b). Die Erforschung und Richtigstellung des corporis delicti dienet, wie die Natur der Sache schon lehret, dem ganzen peinlichen Prozeße zur Grundlage, und heischet daher die höchste Sorgfalt des inquirirenden Richters. Die Gewißheit des corporis delicti aber hat freilich Grade, und muß der Wichtigkeit der Handlung, die gegen den Angeschuldigten in dem Prozeß vorgenommen werden soll, angemessen seyn. Sie kann bei Verbrechen, die keine Spuren zurükgelassen haben (delicta facti transeuntis) nur durch die Aussage gültiger Zeugen, oder durch andere rechtliche Anzeigen, oder durch Geständniß erlanget werden; bei Verbrechen hingegen, die Spuren zurükgelassen haben (delicta facti permanentis) kommt zu jenen noch ein anderes vorzügliches Mittel — Augenschein nämlich — hinzu (c). So lange blos von Verhängung der Generalinquisition die Rede ist, genüget es an einer glaubwürdigen Denuntiation, oder an einem glaubwürdigen allgemeinen Gerüchte ohne daß man weiter auf die Gewißheit des corporis delicti zu sehen brauchet. Auch zur Gefangennehmung des Angeschuldigten und zur Verhängung der Specialinquisition ist ein geringer Grad der Gewißheit des corporis delicti schon hinreichend (d). Eben so kann die peinliche Frage erkannt werden, wenn starke Vermuthungen, und viele Wahrscheinlichkeit wegen der Wirklichkeit der verübten That vorhanden sind, obgleich eine vollkommene Gewißheit bei weitem noch nicht erzeuget ist (e). Leibes- und andere geringere Strafen dürfen aufgeleget werden, wenn

wenn die Wirklichkeit der begangenen Missethat auf sehr vieler und großer Wahrscheinlichkeit beruhet, ob man gleich zu einem vollständigen Beweise nicht hat gelangen können. Um aber auf Lebensstrafen erkennen zu können, verlanget man mit Recht die höchste moralische Gewißheit des corporis delicti (f). Das blose Geständniß des angeschuldigten an und für sich aber erzeuget diese nicht, sondern erhöhet und verstärket nur die übrigen, sonst aufgefundenen Gründe (g).

a) Der Ausdruck — corpus delicti — ist vieldeutig, und bezeichnet, ausser der schon angegebenen Bedeutung noch bald dasjenige, was durch das Verbrechen verletzet worden ist, bald dasjenige, wodurch das Verbrechen begangen worden ist, bald dasjenige, was durch das Verbrechen erzeuget worden ist. Nettelbladt Diss. de sententia condemnatoria sine prævia inquisitione speciali. Hal. 1777. (auch in Dessen Exercitat. academ. No. 28.) Sect. 1. §. 2. Boehmer ad C. C. C. Art. VI. §. 10.

b) Ferd. Aug. Hommel Diss. an et quatenus certitudo corporis delicti in processu criminali necessaria sit. Lips. 1737. §. 3. v. Justi Historische und juristische Schriften. B. I. Abth. III. n. IV. S. 350. folg. Biener delibata quaedam de corpore delicti capita. Lips. 1801. Stübel Ueber den Thatbestand.

c) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 597 = 599. Boehmer l. c. §. 11. 12. Kleinschrod Ueber den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige. In dem Archive des Criminal = Rechts. B. V. St. 3. n. 1. und B. VI. St. 1. n. 1.

d) Hommel Diss. cit. §. 4 - 12. Quistorp a. a. O. §. 599. Boehmer l. c. §. 13. Koch Institut. jur. criminal. §. 782.

e) P. G. O. Art. 6, 17. 20. 35. 60. Hommel l. c. §. 12. = 16. Quistorp a. a. O. Koch l. c. §. 856.

f) L.

f) L. 1. §. 11. D. de quæstion. L. 1. §. 24. D. ad SCtum Silian. P. G. O. Art. 22. Wernher P. IV. Obſ. 4. Hommel l. c. §. 16. ſeq. Boehmer l. c. §. 14. Quiſtorp a. a. O. §. 601.

g) Boehmer l. c. §. 15. 16. Quiſtorp a. a. O. §. 601.

§. 213.

Einnehmung eines Augenſcheines.

Das beſte und ſicherſte Mittel ſich von der Wirklichkeit eines begangenen Verbrechens zu überzeugen, iſt häufig die Einnehmung eines Augenſcheines. Wenn daher I. ein Todtſchlag begangen worden; ſo iſt nach Vorſchrift der peinlichen Gerichtsordnung (a), und deren durch den Gerichtsbrauch angenommenen ausdehnenden Erklärung die Beſichtigung und Zergliederung des Leichnams (Leichenſchau) in jedem Fälle, ſelbſt dann, wann wegen der Tödlichkeit der Wunden gänz kein Zweifel obwaltet, der Regel nach ſchlechterdings ſo nothwendig, daß ſogar ein bereits begrabener, noch nicht beſichtigter Körper, wo möglich wieder ausgegraben, und beſichtiget werden muß (b). Die Beſichtigung und Zergliederung ſelbſt aber wird alſo vorgenommen: der Richter verfügt ſich mit zweien Schöppen und dem Gerichtsſchreiber an den Ort, wo der Leichnam verwahret wird, übergiebt dieſen einem, oder mehreren beeidigten (c) Aerzten oder Wundärzten (d), läſſet ſich alle entdekten Verlezungen auf das genaueſte beſchreiben, und nimmt das alles, mit allen, auch den kleinſten Umſtänden, die die Sache aufklären können, zu Protokoll (e) Die Aerzte und Wundärzte ſtellen ſodann ein ſogenanntes Viſum repertum, in wel-

welchem sie ihre bereits zu Protokoll gegebenen Bemerkungen wiederholen, und ihr mit Gründen unterstüztes Urtheil über die Tödtlichkeit der Wunden, und die Todtesursache des Verstorbenen beifügen. Weichen ihre Meinungen von einander ab; so ist am räthlichsten, das Gutachten eines, oder mehrerer medicinischen Kollegien, oder Fakultäten einzuholen, und sollten auch diese sich nicht vereinigen können; so verdienet billig die gelindere Meinung, diejenige nämlich, daß die Verwundung an sich nicht die Ursache des Todtes sey, den Vorzug (f). Die Angaben der Aerzte bleiben selbst dann beweisend, wenn dieselben, auch ohne Beiseyn des Richters, die Besichtigung vorgenommen haben (g).

a) P. G. O. Art. 147. 149.

b) Da jedoch die Besichtigung und Zergliederung des Leichnams blos ein Mittel ist, von der Wirklichkeit des begangenen Verbrechens sich zu überzeugen; so ist dieselbe zu Erkennung der Todtesstrafe nicht schlechterdings nothwendig, sondern diese muß unstreitig auch dann statt finden, wenn die Gewißheit des corporis delicti durch andere Beweismittel hinreichend ausser Zweifel gestellet ist.

c) Stehen diese in einem öffentlichen Amte, und sind im allgemeinen zu solchen Handlungen beeidiget; so ist es nicht nöthig, die Beeidigung bei einem jeden einzelnen Falle zu wiederholen. Ja gewöhnlich ist man schon damit zufrieden, wenn bei Erlangung einer akademischen Würde der Doktoreid auf solche Handlungen ausdrücklich mit gerichtet worden ist.

d) Die peinliche Gerichtsordnung spricht blos von Wundärzten, und erwähnet der eigentlichen Aerzte nicht. Nach dem Gerichtsbrauche aber wird heutiges Tages die Direktion der Sektion gewöhnlich dem Land- oder Stadtphysikus, oder einem andern ansäßigen und bekannten Medicinä-Praktiko anvertrauet, welcher sich dabei der Hülfe eines, gewöhnlich von Obrigkeitswegen

bestellten Wundarztes bedienet — Sollte der Verwundete erst einige Zeit nach der Verwundung gestorben seyn; so ist es nicht räthlich, die Besichtigung und Zergliederung demjenigen Arzte und Wundarzte allein anzuvertrauen, der jenem während der Krankheit gewartet hat. Desto räthlicher aber ist es, ihn in Verbindung mit einem andern Arzte zuzuziehen. Steisler D. de medico vulnera curante a sectione cadaveris non excludendo. Helmst. 1749.

e) Die Requisite dieses Protokolls s. bei Grolman a. a. O. §. 477.

f) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 519 = 531. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 602 = 608. Koch Inst. jur. crim. §. 722. 723. Boehmer ad C. C. C. Art. 147. — Bei diesen Schriftstellern findet man zugleich eine vollständige Litteratur — Sieh. noch: Joh. Pet. Brinkmann Anweisung für Aerzte und Wundärzte, um bei gerichtlichen Untersuchungen vollständige visa reperta zu liefern: und wie die Rechtsgelehrten wissen können, ob von Seiten der Ersteren das gehörige beobachtet worden. Zweite verm. Auflage. Düsseldorf 1791. — Bei dem Kindermord kann ausser der Besichtigung und Zergliederung des Leichnams des Kindes, auch noch die Besichtigung der verdächtigen Weibsperson nothwendig werden, so wie dann auch die Lungenprobe, über deren Beweiskraft aber die Aerzte sehr verschieden denken, noch heute fast durchaus üblich ist — Daß bei Vergiftungen und andern ähnlichen Verbrechen das corpus delicti auch durch das Gutachten von Aerzten in Richtigkeit gestellet werden muß, ist vor sich klar. Ueber die Einrichtung der Sectionen s. Ploucquet von gewaltsamen Todesarten. Abschn. I. Kap. 2. Bei Kindermorden insbesondere Ploucquet a. a. O. Abschn. II. Kap. 1. Pet. Camper von den Kennzeichen des Lebens und Todes bei neugebohrnen Kindern. Frankfurt und Leipzig 1777. Chr. G. Büttners Vollständige Anweisung, wie durch anzustellende Besichtigungen ein verübter Kindermord auszumitteln seie. Königsb. u. Leipz. 1771.

g) Die Gründe hiefür gegen die Meinung anderer s. Grolmann a. a. O. §. 477.

§. 214.

§. 214.

Fortsetzung.

II. Bei begangenen Diebstählen und Räubereien liegt dem Richter ob, die Beschaffenheit des Ortes, wo das Verbrechen begangen worden, die Größe der ausgeübten Gewalt, nebst allen übrigen Umständen auf das genaueste zu untersuchen; der allenfalls gebrauchten Instrumenten habhaft zu werden, wie auch die entwendeten Sachen zur Hand zu bringen sich zu bemühen; den Werth dieser entweder durch Hülfe der Schäzung von Kunstverständigen, oder durch eidliche Angabe des Bestohlnen, oder deßjenigen, der dieselben unter seiner Aufsicht gehabt, auszumitteln, und auf diese Weise die Wirklichkeit des begangenen Verbrechens behörig in Richtigkeit zu stellen (a). III. Bei Verfälschung und Betrügereien verfähret man auf ähnliche Art, und wenn es bei fleischlichen Verbrechen möglich ist, zurükgelassene Spuren derselben, z. B. Spuren der verübten Gewaltthätigkeiten u. s. w. zu entdeken; so müssen auch diese mit höchster Genauigkeit verzeichnet werden (b).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 531. 532. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 608. Koch Institut. jur. criminal. §. 720. Jo. Ludov. Eckhardt Progr. quaedam cautiones circa perficiendam corporis delicti in furto magno certitudinem adhibendas exhibens. Jen. 1789. Gewöhnlich wird der Thatbestand des Diebstals durch Haussuchung (perscrutatio domestica) eruirt. Man s. hierüber Grolmann a. a. O. §. 478.

b) Koch l. c. §. 721.

§. 215.

Summarische Vernehmung der Zeugen, Beurtheilung der Anzeigen, Geständniß.

Nicht immer kann man durch Augenschein zu der Gewißheit des corporis delicti gelangen, es bleibet daher nichts übrig, als entweder allein, oder doch hülfsweise zu andern Beweismitteln, als zum Verhör solcher Personen, die von der That Wissenschaft haben, oder zu rechtlichen Anzeigen, oder zu dem eigenen Geständnisse des Verbrechers seine Zuflucht zu nehmen — Das erstere, das Zeugenverhör nämlich, geschiehet hier nur ganz summarisch, in der Regel ohne vorgängige Beeidigung, blos mit der Erinnerung, die Aussagen so zu thun, daß die Zeugen solche, im Fall man es verlangen würde, eidlich bestärken können (a) — Von den rechtlichen Anzeigen wird unten das nöthige bemerket werden, und daß das blose Geständniß des Angeschuldigten an und für sich keine vollkommene Gewißheit des corporis delicti erzeuget, ist schon angeführet worden — Im allgemeinen aber ist nur das noch beizusezen, daß der Richter bei Untersuchung des corporis delicti auf Erforschung all derjenigen Eigenschaften, die nach den Gesezen, oder dem Gerichtsbrauche zu dem in Frage stehenden Verbrechen unumgänglich erfordet werden, seine ganze Aufmerksamkeit richten muß.

a) Diese Regel leidet dann eine Ausnahme, wenn entweder Gefahr ist, einen vorhandenen Zeugen zu verlieren, oder wenn ein Zeuge, von dem es wahrscheinlich ist, daß er genaue Wissenschaft hat, mit der Sprache nicht heraus will. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prözesse. §. 515. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. I. §. 19.

Heil

Heil Judex et defensor in processu inquisitionis. Lips. 1717. Cap. I. §. 12. Ueberhaupt gehöret besonders noch hierher: Pufendorf Tom. II. Obs. 154. Ueber das Verfahren beim Zeugenverhöre vergl. auch Grolmann a. a. O. §. 467. u. 482. Befreit sind von der Zeugschaft Beichtväter, Kinder und Eltern, Mann und Weib gegen einander, der Vasall gegen den Lehensherrn.

§. 216.

3) Anstalten, sich derjenigen Personen zu versichern, deren man zu Fortsezeug der Untersuchung bedarf, im Falle man ihre Entfernung besorget, oder sie sich entfernet haben.

Bei Erkundigung der Wirklichlichkeit des Verbrechens stößt der Richter nicht selten auf Personen, die allen Umständen nach theils von der That selbst, theils von dem Thäter nähere Wissenschaft haben müssen. Diese sind nun nicht nur, so bald möglich summarisch zu vernehmen, sondern man kann auch, nach Befinden der Umstände, ihre etwa vorhabende Entfernung verhindern. — Mit noch weit größerer Sorgfalt aber muß der Richter sich all derjenigen versichern, die muthmaßlich entweder die Verbrecher selbst, oder doch Hehler und Theilnehmer sind. Personen von geringem Stande, besonders solche, die keinen beständigen Wohnungsort haben, oder aber doch unter dem Gerichtszwange des inquirirenden Richters nicht ansäßig sind, können auch wegen geringer Vergehungen, auf welche nur Relegation, oder Gefängniß-oder Geld oder eine andere ähnliche geringe Strafe gesezet ist, so bald sie des ihnen beschuldigten Verbrechens aus genugsamen Anzeigen verdächtig sind, darneben auch zu befürchten ist, daß sie die künftige Urthel durch die Flucht unwirksam machen

machen werden, wenn sie keine genugsame Sicherheit zu leisten im Stande sind, ohne Anstand gefänglich eingezogen werden. Sonsten aber sezet die Gefangennehmung 1.) nicht nur einen wirklichen peinlichen Fall voraus (a), sondern es muß darneben allen Umständen nach auch zugleich wahrscheinlich seyn, daß des gegenwärtigen Verbrechens wegen eine Lebens- Leibes- oder dieser gleich geachtete Strafe statt finden werde (b). Ausserdem wird 2.) erfordert, daß das corpus delicti behörig in Richtigkeit gestellet sey, und daß der Verdacht gegen denjenigen, den man als den Thäter einziehen will, auf tüchtigen und genugsam bewiesenen Anzeigen beruhe. Die peinliche Gerichtsordnung bestimmt zwar die Beschaffenheit und Größe dieser nicht, sondern spricht blos von gültigen Anzeigen (c) und eben deßwegen, wie auch überhaupt, weil sich hierüber allgemeine und auf alle Fälle passende Regeln nicht wohl geben lassen, hänget das meiste von dem Ermessen eines vernünftigen Richters ab; allein dieses muß dann doch hauptsächlich durch den ganzen Inbegriff der vorhandenen Umstände, und durch die Eigenschaften und Verhältnisse der verdächtigen Person geleitet und bestimmet werden (d).

a) P. G. O. Art. 6. 11. Boehmer ad C. C. C. Art. XI. §. 2. Leyse, Spec. 563. M. 1-9. Gribner Principia processs. judiciar. Lib. II. Cap. 10. §. 5. Koch Institut. jur. criminal. §. 758. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. II. §. 5.

b) Lässet sich jedoch der Ausgang des Prozesses nicht mit Gewißheit voraussehen; so siehet der Richter um so mehr billig auf das Gegenwärtige, da eine unvorsichtige Gelindigkeit leicht die Flucht des Thäters zur Folge hat, und auf diese Weise sodann das Verbrechen unge-

ungestraft bleibet. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 645. 646.

c) P. G. O. Art. 6. 11. 218.

d) Koch l. c. §. 757. Boehmer l. c. §. 3. Ludovici a. a. O. §. 2. 3. 4. Quistorp a. a. O. §. 647. 648. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 536.

§. 217.

Fortsezung. Mittel, von der Gefangenschaft sich zu befreien. (a) Kautionsleistung, und Ergreifung des Rechtsmittels der Berufung.

So oft entweder auf das in Frage stehende Verbrechen schon in Thesi eine geringere als eine Leibes- oder Lebensstrafe gesezet ist, oder aber gleich Anfangs, oder doch in der Folge der Untersuchung aus allen Umständen sich ergiebt, daß in Hypothesi auf eine geringere, als eine Leibes- oder Lebensstrafe erkannt werden wird, darf der Richter zur Verhaftnehmung nicht schreiten, oder ist auch den bereits verhängten Arrest wieder aufzuheben verbunden, wenn der Angeschuldigte behörige Sicherheit, sich allezeit auf Verlangen stellen, und Urthel und Recht abwarten zu wollen, leistet. Ja man ist sogar, wenn eine genugsame Kaution durch Bürgen, oder Pfänder nicht sollte bestellet werden können, mit einer blos eidlichen zufrieden, besonders bei solchen Leuten, die ihres vorigen Lebenswandels wegen nicht unbekannt und des Meineides halben nicht verdächtig sind. In eigentlichen peinlichen Sachen hingegen, wo von einer Lebens- oder doch schweren Leibesstrafe die Rede ist, darf, in der Regel, Sicherheitsleistung nur dann zugelassen werden, wenn entweder das corpus delicti noch nicht gebührend berichtiget

tiget ist, oder die gegen den angeschuldigten streitenden Anzeigen nicht von der Art sind, daß ohne Bedenken zur Verhaftnehmung geschritten werden könnte (a). Doch auch in diesem Falle, so wie in jedem andern, wo die Freilassung eines Angeschuldigten und die Zulassung einer Kaution nach irgend einer Hinsicht nur einigermassen bedenklich ist, handelt der Unterrichter am vorsichtigsten, wann er ehe er einen Entschluß fasset, entweder seinen Oberrichter, oder ein Rechtskollegium befraget (b) — Gegen eine widerrechtlich verhängte Gefangennehmung kann, wenn ein Oberrichter vorhanden ist (c), das Rechtsmittel der Berufung allerdings ergriffen werden (d), und derjenige Richter, der ohne hinlängliche Gründe zur gefänglichen Einziehung geschritten ist, oder auch den Angeschuldigten länger in der Gefangenschaft behalten hat, als es die Beschaffenheit der Sache zuließ, ist jenem nicht nur Ersaz der Kosten und alles erweislich gehabten Schadens zu leisten verbunden, sondern auch, nach Beschaffenheit der Umstände, zur Abbitte und anderer Genugthuung gehalten (e).

a) Heil Judex et defensor. C. II. §. 5.

b) Ludovici Einleitung in den peinlichen Prozeß. Kap. II. §. 11. Mevius P. I. Decis. 4. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 645. 646. Boehmer ad C. C. C. Art. XI. §. 4. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 537. Meister pr. jur. crim. §. 383. Ueberhaupt s. auch Grolmann a. a. O. §. 484-486.

c) Sieh. Meine Grundsäze rc. §. 418.

d) Ebend. §. 405. Ludovici a. a. O. §. 12.

e)

e) L. 32. D. de injur. L. 13. D. de poen. Boehmer l. c. §. 5. Wernher P. I. Obs. 7. Quistorp a. a. O. §. 648.

§. 218.

Fortsetzung. b) Vertheidigung zu Abwendung, Nachlassung, oder Milderung des Gefängnisses.

Vertheidigung im peinlichen Prozeß ist eine jede mit Gründen unterstüzte Ausführung, die dahin abzweket, irgend eine nachtheilige Handlung, die dem Angeschuldigten bei der Untersuchung, oder Bestrafung eines Verbrechens bevorstehet, von diesem abzuwenden. Auch die peinlichen Richter sind Menschen, sie haben bei ihrem wichtigen Geschäfte allenthalben mit menschlichen Unvollkommenheiten, oft auch mit menschlichen Boßheiten zu kämpfen; sie sind häufig der Gefahr ausgesezet, durch mehr als wahrscheinliche Beschuldigungen der Verläumdung, durch boßhafte oder falsche und irrige Zeugnisse, durch einen wunderbaren Zusammenfluß höchst scheinbarer und dennoch grundloser verdächtiger Umstände, durch Irrsal und Stumpfsinn verleitet und getäuscht, Trugschlüsse auf Trugschlüsse zu häufen, und hierauf ungerechte Urtheile zu bauen; sie sind oft selbst boshaft genug, die Wahrheit verkennen zu wollen, um auf die unterdrükte Unschuld die Stüzen der Macht und des Wohllebens zu gründen; oft sind ihre Leidenschaften durch den schwarzen Gedanken der zu rügenden Missethat zu sehr wider den Thäter erhizet worden, als daß sie geneiget seyn sollten, das was zu seiner Entschuldigung dienet, aufzusuchen, und unter der traurigen Hülle des Verbrechers noch die Gestalt des Menschen mit allen seinen Rechten und Vorzügen zu entdeken — Die Nothwen-

wendigkeit der Begünstigung der Vertheidigungen lie-
get daher von selbst am Tage, und es kann keinem
Angeklagten die Führung einer Defension verweigert
werden, wenn von einer Handlung die Rede ist,
die ihm großen Nachtheil bringen würde. Dahin ge-
hören Verhaftnehmung, Specialinquisition, Konfron-
tation, peinliche Frage, Territion, Reinigungseid,
die Strafe selbst. Ja wenn von Lebens- oder schwe-
ren Leibesstrafen, oder der peinlichen Frage die Rede
ist; so lieget dem Richter ob, wenn auch gleich der
Inquisit freiwillig der Vertheidigung sich begiebt, ei-
nen Vertheidiger von Amtswegen zu bestellen (a).

a) P. G. O. Art. 47. 88. 151. 154. 155. 156. L. 13. D. ad L. Aquil. L. 3. D. de bon. eor. qui ante sentent. Boehmer ad C. C. C. Art. 47. §. 1. Phil. Thom. Koehler Diss. sistens de emendanda de criminali meditationes quasdam. Mogunt. 1787. Med. 1. Phil. Jac. Sahler Diss. de necessitate defensorum. Argentor. 1766. p. 36. seq. de Cramer Diss. de favore defensionis et irrationabilitate consuetudinis defensorum exclusivæ in caussis criminalibus. Marburg. (in Opuscul. Tom. IV. pag. 191. seq. und in Obs. Tom. III. Obs. 974.) (Joh. Fried. Hermann) Versuch einer nähern Anleitung zur gründlichen Abfassung der Vertheidigungsschriften für peinlich Angeschuldigte. Dresden u. Leipzig 1786. S. 3. folg. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 652. Derselbe Abhandl. Wenn einem Angeschuldigten zu Führung seiner Vertheidung ein besonderer Sachwalter von Amtswegen zuzuordnen sey? in Dessen Beiträgen No. 41. S. 594. folg. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. II. Abschn. I. Hauptst. 8. §. 31-50. Desselben pr. j. crim. §. 387.

§. 219.

Fortsezung.

Eben aus der Nothwendigkeit der Begünstigung der Vertheidigungen aber ergeben sich nun folgende Säze: 1) selbst dem überwiesenen Verbrecher, wie auch demjenigen, der das Verbrechen bereits eingestanden hat, darf, ohne auf die Beschaffenheit des lezteren zu sehen, die Vertheidigung niemals abgeschnitten werden (a). 2) Subsidiarisch ist der Richter die zu Führung der Vertheidigung nöthigen Kosten herzuschießen verbunden (b) 3) Der zu Einbringung der Defension anberaumte Termin ist niemals peremtorisch (c). 4) Nach Beschaffenheit der Umstände, wenn nämlich der Angeschuldigte einigermassen wahrscheinliche Gründe für sich anzuführen vermag, kann selbst eine zweite, dritte u. s. w. Vertheidigung nicht abgeschlagen werden (d). 5) Dem angeklagten muß die Wahl seines Vertheidigers ganz frei bleiben, wenn nur diese auf kein ganz unfähiges Subjekt fällt (e), 6) In zweifelhaften Fällen endlich überwiegt die Vermuthung für die Unschuld, oder Entschuldigung allezeit diejenige für die Schuld, oder größere Anschuldigung (f) — Auf der andern Seite jedoch darf die Begünstigung der Vertheidigung nicht zur Beugung der Justiz, und zum Verschleif der Gerechtigkeitspflege mißbraucht werden, worüber der Richter billig mit aller Sorgfalt wacht (g).

a) Mevius P. II. Decis. 321. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. VIII. §. 3. 4. 5. 7. 8. 9.

b) P. G. O. Art. 47. 134. Boehmer ad C. C. C. Art. 47. §. 4. 5. Ludovici a. a. O. §. 7.

c)

c) P. G. O. Art. 155. Leyser Spec. 562. M. 18. Ludovici a. a. O. §. 11.

d) Boehmer l. c. Art. 77. §. 1. Ludovici a. a. O. §. 12.

e) P. G. O. Art. 88. Ludovici a. a. O. §. 6.

f) Ueberhaupt gehören hierher: Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 653 - 657. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. II. Abschn. 1. Hauptst. 8. §. 31 - 50. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 552.

g) Leyser Spec. 562. Quistorp a. a. O. §. 660.

§. 220.

Fortsetzung.

Ohne eine vollständige Kenntniß aller, auch der kleinsten Umstände der That, lässet sich eine gründliche Vertheidigung nicht führen. Dem Defensor kann daher die Einsicht der bereits verhandelten Akten eben so wenig (a), als eine mündliche Unterredung mit dem Angeklagten verweigert werden (b). In dem lezteren Falle jedoch muß, wenn schädliche Insinuationen zu befürchten sind, der Richter entweder selbst anwesend seyn, oder doch eine Gerichtsperson beiordnen (c). Die Gründe zur Vertheidigung selbst aber sind entweder aus der fehlerhaft eingeschlagenen Verfahrungsart, oder aus der Natur der Sache selbst, weil es nämlich entweder an der Gewißheit des begangenen Verbrechens mangelt, oder doch der Angeschuldigte der Thäter nicht ist, oder wenigstens keine Zurechnung bei ihm statt findet, oder endlich die ordentliche Strafe nicht eintreten kann, herzunehmen (d).

a) Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Pro-

Prozesses, Thl. II. Abschn. 1. Hauptst. 8. §. 50-53. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 657. Koch Institut. jur. crimin. §. 770. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. VIII. §. 10. Mevius P. II. Decis. 321. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 17. Die entgegen stehende Behauptung einiger Rechtsgelehrten verdienet keine Rüksicht. Grolmann a. a. O. §. 509. not. c. beschränkt die Einsicht der Akten darauf, daß der Defensor während der Unterstützung den Angeschuldigten mit dem Inhalte der Akten nicht bekannt machen dürfe.

b) Meister a. a. O. §. 53. 55. Quistorp a. a. O. Koch l. c. §. 768. Kleinschrod Ueber die Nothwendigkeit, den Defensor zu einer Unterredung mit dem Inquisiten anzuhalten. Im Archiv Band II. St. 2. nr. 9. Biedermann im Archive B. II. St. 3. nr. 7.

c) P. G. O. Art. 14. 73. Meister a. a. O. §. 54. Boehmer ad C. C. C. Art. 14. §. 2. Quistorp a. a. O.

d) Meister a. a. O. §. 56-65. Koch l. c. §. 767. Derselbe Anleitung zu Defensionsschriften nebst Mustern. Gießen 1775. §. 1-13. Joh. Fried. Herrmann Versuch einer näheren Anleitung zur gründlichen Abfassung der Vertheidigungsschriften für peinlich Angeschuldigte. Dresden und Leipzig 1786. Kirchhof von den Advokaten und ihren Pflichten, besonders in peinlichen Fällen. J. Ch. Koch Anleitung zu Defensionsschriften. Giessen 1779. Alex. Ockhart Anweisung zu Defensionsschriften. Leipzig 1780. Versuch einer nähern Anweisung zur gründlichen Abfassung von Vertheidigungsschriften für peinlich Angeschuldigte. Dresden und Leipzig 1786. A. C. Wolters Ein Wort über Defensionen. Hamb. 1805.

§. 221.

Fortsetzung.

Den inneren Bau einer Defensionsschrift anlangend; so macht man, ohne weiter einen Eingang vorauszuschiken, mit einer bündigen, zwekmäsigen Erzählung der That und des bisherigen Prozesses den Anfang. Alles überflüßige, zu der gegenwärtigen Absicht nicht dienliche, lässet man weg, giebt sich alle Mühe Licht und Schatten gehörig anzubringen, verwebet an schiklichen Orten passende rechtliche Bemerkungen, und bemühet sich auf diese Weise den Richter schon zum voraus zu Gunsten des Angeklagten zu gewinnen. Dann sezet man die Frage, auf welche es gegenwärtig eigentlich ankommt, auf das genaueste fest; sichtet die gesammelten Materialien sorgfältig, hebt aus denselben dasjenige, was zu der gegenwärtigen Defensionsführung nüzet, heraus, trägt alles, was gegen den Angeklagten spricht, vor, wiederleget dieses so gut als möglich, stellet alle Günde, die für den Angeschuldigten streiten, auf die einleuchtendste Art zusammen, und ziehet aus dem allem das der vorangeschikten Ausführung angemessene Gesuch. Die Schreibart muß mit der Wichtigkeit des Gegenstandes übereinstimmen, mit der Stärke der Gedanken wächset billig auch der Ausdruk an Stärke und Lebhaftigkeit, die Sprache darf nicht niedrig, aber auch nicht zu blühend und schwülstig seyn. Die Rubrik muß nothwendig nach der Verschiedenheit des Vertheidigungs Thema's verschieden seyn, und häufig übergiebt man die Defensionsschrift mittelst einer besondern Schedul, in welcher man dem Richter für die Zulassung zu der Defension, und die deßhalb allenfalls vergönnten Fristen danket (a).

a)

a) Sieh. Meine Grundsätze ꝛc. §. 72. Die Rubrik einer solchen Schedul kann diese seyn:

Gehorsamste Ueberreichung
bestbegründeter Defensionsschrift samt rechtlicher Bitte

Mein ꝛc.

Pto. etc.

Ueberhaupt gehören hierher: Koch Anleitung zu Defensionsschriften §. 13. folg. Leyser Spec. 562. M. 27. und Cor. 3. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 658. 659. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses. Thl. II. Abschn. I. Hauptst. 8. §. 65. folg. vorzüglich aber, der schon mehr angeführte Versuch einer nähern Anleitung ꝛc.

§. 222.

Fortsetzung.

Die Vertheidigung zu Abwendung, Nachlassung, oder Milderung des Gefängnisses insbesondere anlangend so müssen die Gründe zu derselben Theils aus den bisher vorgetragenen Grundsäzen des peinlichen Prozesses überhaupt, Theils insbesondere aus den über die Rechtmäßigkeit der Verhaftnehmung aufgestellten Principien hergenommen werden, und wenn der Richter das mit stichhaltigen Gründen unterstüzte Gesuch unerfüllt lassen sollte; so können, ausser dem Rechtsmittel der Berufung, bei dem rechtmäßigen Oberen unbedingte, oder doch bedingte Strafgebote mit vollem Rechte nachgesuchet werden (a).

a) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 661. 662.

§. 223.

Fortsezung. Verfahrungsart gegen einen entwichenen muthmaßlichen Verbrecher.

Die Mittel entwichener muthmaßlicher Verbrecher habhaft zu werden sind: die Nacheile, die Ersuchungsschreiben, die Steckbriefe, die Aufzeichnung der Güter, die Haussuchung, die Ertheilung des sicheren Geleits und die öffentliche Ladung. Sie alle indessen finden, in der Regel, nur dann statt, wenn von eigentlich peinlichen Fällen die Rede ist, und der abwesende Angeklagte das ihm beschuldigte Verbrechen entweder bereits eingestanden hat, oder dessen auf rechtliche Art überwiesen, oder doch vermöge genugsam dargethaner Anzeigen, die wenigstens einen halben Beweis ausmachen, höchst verdächtig ist (a).

a) Quistorp Grundsäze des deutschen peinl. Rechts, §. 822. 823. Bei geringen Vergehungen schreitet man, besonders wenn von der Bestrafung die Rede ist, niemals zur Nacheile, noch weniger zur Erlassung förmlicher Steckbriefe, sondern lässet es höchstens bei Beschlagnehmung des zurückgelassenen Vermögens bewenden. Ist hingegen noch nicht von der Bestrafung, sondern blos von der Untersuchung solcher geringer Vergehungen, die Rede; so kann man zwar Ersuchungsschreiben erlassen, auch allenfalls Haussuchung vornehmen, oder die zurückgelassenen Güter beschlagen, auf Verlangen auch ein sicheres Geleit ertheilen, aber die Nacheile und die Erlassung förmlicher Steckbriefe findet durchaus nicht statt, und auch zur öffentlichen Ladung pfleget man nicht zu schreiten, wenn nicht ein besonderes Interesse des Beleidigten einschläget, oder der Richter anderer Verhältnisse wegen sie nothwendig achtet.

§. 224.

§. 224.
Nacheile.

Kein Richter darf, wenn er sich nicht einer Verlezung fremder Hoheit, oder Gerichtsbarkeit schuldig machen, und eben dadurch großen Unannehmlichkeiten aussezen will (a), flüchtige Verbrecher über die Gränzen seines Gerichtsbezirkes hinaus verfolgen. (Nacheile, Amtsfolge, Sequela praefectoria.) Diese Regel leidet nur dann eine Ausnahme, wenn entweder besondere Geseze, (b). oder Verträge, oder Observanzen zwischen verschiedenen Landes- oder Gerichtsherrn in der Mitte liegen, oder aber der Missethäter gleich nach verübter That verfolget, da wo man ihn antrifft, ohne Gewaltthätigkeiten auszuüben, zur Hand genommen, sofort dem Richter des Ortes mit dem Ersuchen zur Verwahrung überliefert wird, denselben mit sich wegführen zu dürfen (c).

a) In diesem Falle pfleget die Mannschaft angehalten, und so lange in Verwahrung behalten zu werden, bis wegen des Vergangenen gebührende Genugthuung geleistet, und wegen der Zukunft hinreichende Sicherheit bestellet wird. Eben dieses pfleget bei einer eigenmächtigen Durchführung der Malifikanten durch fremde Gerichtsbarkeiten zu geschehen.

b) R. A. 1559. §. 22. 26.

c) Claproth Einleitung in sämtl. summar. Prozesse. §. 539. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 824. Christ. Wildvogel Diss. de persecutione delinquentium. Jen. 1700. Mich. Christ. Müller Diss. de jure facinorosos sequela præfectoria persequendi. Altorf. 1714. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1845. Die Reichsgesetze gestatten unter gewissen Einschränkungen die Verfolgung öffentlicher Friedbrecher in fremde Staa-

ten und Gerichtsbarkeiten. Die Handhabung des Landfriedens von 1495. Tit. Vom Nacheilen auf frischer That. R. A. von 1522. Tit. 27., von 1548. §. 20., von 1559. §. 23. folg., von 1555. §. 36. 37. Der veränderten Verfassung und Seltenheit des Verbrechens selbst wegen indessen, dürften diese Gesetze heut zu Tage wohl selten mehr angewendet werden können. von Cramer Wezlarische Nebenstunden. Thl. XX. Abhandl. 1. Koch Institut. jur. criminal. §. 945.

§. 225.

Ersuchungsschreiben.

Weiß der Richter den Aufenthalsort des entwichenen Missethäters; so muß er mittelst Erlassung besonderer Ersuchungsschreiben um die Auslieferung desselben bitten. Diese kommen in Ansehung ihrer innern Einrichtung mit den auch im bürgerlichen Prozeß üblichen (a) überein. Man erzählet nämlich das begangene in Frage stehende Verbrechen, führet die hauptsächlichsten Gründe, auf welchen der Verdacht gegen den Entflohenen beruhet, an, bittet diesen zu Hülfe Rechtens, jedoch auf Kosten des reqirirenden Richters, in Verhaft zu nehmen, und ihn sodann mit all denjenigen Sachen, die man bei ihm gefunden, nebst den abgehaltenen Protokollen auszuliefern, und füget die Versicherung bei, daß man die Auslieferung nicht aus einem gewissen zustehenden Rechte verlange auch in allen ähnlichen Fällen zu gleichen Gefälligkeiten bereit und willig sey. Ob und wann der ersuchte Richter zu der Auslieferung gehalten sey, ist an einem andern Orte ausgeführet worden (b), und hier daher nur noch das beizusezen, daß, wenn die in dem Requisitionsschreiben angeführten Gründe des Verdachts dem ersuchten Richter nicht hinreichend scheinen, dieser al-

ler.

lerdigs berechtiget ist, den Angeschuldigten allenfalls noch summarisch zu verhören, und wenn auch dabei kein genugsamer Verdacht sich ergiebt, von dem requirirenden Richter weitere Bescheinigung vorerst noch zu verlangen. Tritt hingegen keine solche Bedenklichkeit ein, oder ist dieselbe gehoben; so pfleget die Auslieferung, nach erhaltenem Versicherungsscheine, daß daraus keine Schuldigkeit gemacht, sondern es als eine Gefälligkeit angesehen, und jederzeit erwiedert werden solle, wie auch nach vorgängiger Erstattung aller gehabten Kosten, an der Gränze zu geschehen (c).

a) Sieh. Meine Grundsätze ꝛc. §. 103. Chr. Jac. Zwierlein Diss. II. de litteris requisitorialibus. Gött. 1758.

b) Sieh. Meine Grundsätze ꝛc. §. 28.

c) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 825. 826.

§. 226.

Stekbriefe.

Ist der Aufenthalsort des entwichenen Verbrechers zwar nicht bekannt, aber doch allen Umständen nach wahrscheinlich, daß derselbe entweder in der Nähe sich noch befinde, oder doch sonst leicht entdeket werden könne; so erlässet man Stekbriefe. Diese sind nichts anders, als offene, an keinem Richter namentlich gerichtete Ersuchungsschreiben, in welchen nur noch treffende Kennzeichen, an welchen der Entflohene erkannt werden kann, aufgezählet werden. Man pflegt sie durch eigends abgeordnete Boten an die benachbarten Gerichte zu schiken, oder auch, welches in neueren Zeiten besonders üblich ist, in öffentliche Blätter einzurüken (a).

 a)

a) Henr. Sam. Eckhold Diss. de litteris incarcerationis patentibus seu arrestantoriis. Lipsiæ. 1678. Jen. 1753. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 827. 828. Claproth Einleitung in sämtl. summ. Prozesse. §. 540. Ludovici Einleitung in den peinlichen Prozeß. Kap. III. §. 2-6. Kleinschrod de literis, quæ fugitivi cujusdam persecutionem petunt ac remissionem patentium. Virceb. 1795. In dessen Abhandlungen aus dem peinl. Rechte und Prozesse. T. II. n. XI.

§. 227.

Aufzeichnung der Güter.

Um eines Theils den Beschädigten sowohl wegen der ihm gebührenden Entschädigung als auch den Richter wege des Ersazes der Untersuchungskosten, sicher zu stellen, andern Theils aber den entflohenen Verbrecher durch Mangel an Unterhalt zur freiwilligen Rükkehr zu bewegen, ist die Aufzeichnung und Beschlagnehmung seines zurückgelassenen Vermögens nothwendig (a). Diese Aufzeichnung lässet der Richter von dem Gerichtsschreiber in Anwesenheit zweier Gerichtsschöppen, und einiger der nächsten Blutsfreunde des Entflohenen verrichten; sorget sodann für die gehörige Verwahrung der aufgezeichneten Güter (b); veräussert dasjenige, was sich nicht aufbewahren lässet, mittelst öffentlicher Versteigerung; verhütet daß dem Entwichenen nicht etwas verabfolget werde; reichet demjenigen, welche der entflohene zu verpflegen verbunden ist, nothdürftigen Unterhalt, und ersuchet allenfalls auch auswärtige Richter, die unter ihrem Gerichtszwange befindlichen Vermögensstüke des Flüchtigen in den Beschlag zu nehmen (c).

a)

a) P. G. O. Art. 206. Ist, nach Grolmans richtiger Theorie a. a. O. §. 491., einzig Sicherung der Exekution des künftigen Urtheils der Zweck der Beschlagnehmung (annotatio bonorum) so muß aus der Größe der Verbindlichkeiten, über welche in jenem Urtheile zu erkennen ist, beurtheilt werden, ob sich der Beschlag auf das ganze Vermögen erstrecken, oder einen Theil desselben beschränken müsse, und der Beschlag muß in diesem Falle, wenn dagegen hinlängliche Kaution bestellt wird, aufgehoben werden.

b) Begehret der Gatte des Entwichenen, oder einer seiner Blutsfreunde die Verwaltung der aufgezeichneten Güter; so pfleget diesem Gesuch, nach geleisteter, allenfalls auch blos eidlicher, Kaution, leicht willfahret zu werden.

c) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 541. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 829. 830. Leyser Spec. 627. M. 18. Boehmer ad C. C. C. Art. 206. Krefs ad C. C. C. Art. 206. Gal. Aloyſ. Kleinschrod Diſſ. de annotatione bonorum delinquentis. Wirceburg. 1791. in dessen Abhandl. Thl. II. n. 7. Klüber Kleine juristische Bibliothek. Stük 22. No. 27. S. 128.

§. 228.

Haussuchung.

Lässet sich allen Umständen nach vermuthen, daß der muthmaßliche Verbrecher unter dem Gerichtszwange des Richters sich noch befinde, und sich nur verborgen halte; so wird eine Haussuchung nothwendig (a). Eine allgemeine Haussuchung, die sich über alle Orte und Personen des Gerichtszwanges erstrecket, kann, wenn gleich kein besonderer Verdacht vorhanden ist, ohne Bedenken vorgenommen werden. Eben dieses ist der Fall bei ganz schlechten, solcher Verbrechen, als das in Frage stehende ist, verdächtigen Leuten,

wie

wie auch bei berüchtigten Wirths- oder andern öffentlichen Häusern, abgesondert liegenden Mühlen u. s. w. Eine besondere, auf gewisse Orte und sonst unbescholtene Personen eingeschränkte Haussuchung hingegen, sezet allezeit einen gegründeten Verdacht, der wenigstens einen halben Beweis ausmacht, voraus (b).

a) Die Haussuchung übrigens kann auch dazu dienen, das corpus delicti zu erforschen, oder Mitschuldige zu entdecken, oder auf andere Umstände, unter welchen die That begangen worden, zu kommen.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 531. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 610. Derselbe Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. Leipzig 1793. No. 31 S 122. Eine Haussuchung, die an dem Orte, wo das Verbrechen aktenkündigermassen verübet worden, in der Absicht vorgenommen wird, von dem corpore delicti eine nähere Wissenschaft zu erlangen, ist niemand nachtheilig, und kann daher ohne Bedenken so oft vorgenommen werden, als der Richter es nöthig achtet. Diese Haussuchungen haben Meister Princip. jur. crim. §. 444. und Tittmann in den Grundlinien der Strafrechtswissenschaft. §. 424. unter den Gesichtspunkt begleitender Handlungen der Amtsfolge gestellt. Da diese Haussuchungen nur als vorbereitende Mittel zur Citatio realis, welche den Gerichtsdienern obliegt, erscheinen; so ergiebt sich, daß bei derselben die Gegenwart des Richters nicht, wie bei den Haussuchungen, welche als Beweisaufnahmen vorkommen, erforderlich sey. Grolmann a. a. O. §. 487. not. c.

§. 229.

Sicheres Geleit.

Kann man der Person des entwichenen Missethäters sich nicht bemächtigen; so ist, damit doch die begangene That nicht uuuntersucht und unbestraft bleibe, nichts

nichts übrig, als auf vorgängiges Ansuchen ein sicheres Geleit (salvus conductus) zu ertheilen (*). Dieses aber ist nichts anders, als eine von dem Richter unter dem Gerichtssiegel dem flüchtigen Verbrecher ausgestellte schriftliche Versicherung, daß wenn derselbe auf die jedesmal erlassene Ladung in dem Gerichte sich stellen werde, er, wenigstens so lange, bis etwas peinliches wider ihn erkannt worden, zur gefänglichen Haft nicht solle gebracht werden. Beschränket sich diese Sicherheit auf die zur Erörterung des beschuldigten Verbrechens angesezten Gerichtstage (a); so ist das ein allgemeines sicheres Geleit (b). Erstreket sich dieselbe hingegen auf die ganze Zeit der Untersuchung, bis auf den Punkt hin, wo das Endurthel gefället; oder auf die peinliche Frage, oder doch die Bedrohung derselben erkannt wird; so heißt das, das besondere sichere Geleit (c). Das leztere zerfällt wieder, je nachdem in dem ertheilten Geleitsbriefe die Dauer und die Wirkungen der versprochenen Sicherheit genau festgesezet worden sind, oder nicht, in das bestimmte, oder unbestimmte (d).

*) Kleinschrod Versuch einer vollständigen Theorie der Lehre vom sichern Geleite. In den Abh. Thl. II. n. 9.

a) Nach einem allgemeinen Gerichtsbrauche verstehet man hier unter dem Gerichtstage nicht nur den zu der gerichtlichen Verhandlung anberaumten Termin selbst, sondern auch den demselben vorangehenden, und den auf denselben folgenden Tag. Hieronymus Christ. Meckbach Anmerkungen über die peinliche Halsgerichtsordnung. Jena 1756. ad Art. 76. S. 175. Koch Institut. jur. criminal. §. 953. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 10. § 18. Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. III. §. 8 - 11. §. 14.

b) Mit einer öffentlichen Ladung ist das allgemeine sichere Geleit stillschweigend verbunden, und in der Regel ist bei diesem die Leistung einer Sicherheit nicht nothwendig — Andere verstehen unter dem allgemeinen sicheren Geleite dasjenige, das von dem Landesherrn ertheilet worden, und in dem ganzen Staate seine Gültigkeit hat; unter dem besonderen aber dasjenige, das nur an einem gewissen Orte Sicherheit verschafft.

c) Dieses ist das eigentlich so genannte sichere Geleit, welches auf einem ausdrücklichen, zwischen dem Richter und Angeschuldigten eingegangenen Vertrage beruhet.

d) Bei den Reichsgerichten wird das sichere Geleit entweder unter Androhung einer gewissen Strafe, oder ohne diese ertheilet. In dem ersten Fall wird dieses salvus conductus in optima forma, im lezteren aber salvus conductus in forma communi genannt. Tafinger Institutiones jurisdrudentiæ cameralis. §. 624. Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 1471. 1472. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1853. 1854. 1855. 1857.

§. 230.

Fortsetzung.

Der Zwek der Ertheilung eines sichern Geleits ist, ein Verbrechen, dessen muthmaßlichen Urheber man nicht zur Hand bringen kann, nicht ununtersucht und unbestraft zu lassen. Die Beschaffenheit und Größe des in Frage stehenden Verbrechens selbst macht daher hier keinen Unterschied, sondern hat blos auf die Bestimmung der Größe der Kaution Einfluß (a). Nur sehr berüchtigten Menschen, von welchen gefährliche Unternehmungen gegen den Staat, und dessen Glieder zu befürchten sind, oder die schon einmal ein ihnen ertheiltes sicheres Geleit verlezet haben, pfleget das gebetene

betene sichere Geleit abgeschlagen, und statt desselben sogleich unmittelbar auf Erlassung der Stekbriefe erkannt zu werden (b).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 537. Mevius P. I. Decis. 3.

b) P. G. O. Art. 76. 156. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 836. Mevius P. III. Decis. 169. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl II. §. 1849. Boehmer ad C. C. C. Art. 156. §. 2.

§. 231.

Fortsetzung.

Die Ertheilung eines sichern Geleits ist als ein Mittel, den peinlichen Gerichtszwang wirklich ausüben zu können, zu betrachten. Einen jeden peinlichen Richter, dem nicht durch besondere Landesgeseze die Hände gebunden sind (a), muß daher die Befuguiß, eine solche Sicherheit zu ertheilen, allerdings zustehen. Der Meinung, und zwar der gewöhnlichen, daß der Richter hiezu in allen Criminalfällen die Befugniß habe, wenn er sich von keinem der bisher entwickelten Mittel, des Entflohenen habhaft zu werden, Wirksamkeit versprechen könne, steht die richtige Bemerkung entgegen, daß die Untersuchung nie als Zweck an sich und daher, wenn die sonstigen Bedingungen, für die Erreichung ihres Zwekes nicht vorhanden sind, auch nicht als etwas für den Staat vorzüglich wünschenswerthes zu betrachten sei, und daß der Staat sich herabwürdige, wenn er, durch Verträge mit Menschen, welche in der Folge, vielleicht wahrscheinlicher Weise, als Verbrecher erscheinen, von den gesezlichen Bestimmungen über

über die nothwendige Verfahrungsart gegen Verdächtige abweichet und dadurch dem Gehorsam des, den Gesezen unbedingt sich unterwerfenden Bürgers selbst als Thorheit charakterisirt. Wenigstens sollte doch diese Rücksicht den Richter bestimmen, das sichere Geleit in solchen Fällen nur alsdann zu ertheilen, wenn der Entflohene sich auf zu erweisende Gründe für seine Unschuld, oder doch zur Minderung des vorhanden seienden Verdachts beruft, und selbst alsdann sollte er dasselbe doch nie anders, als unter der Bedingung, daß die Beweise für die angegebenen Gründe bis zu einer bestimmten Zeit erbracht würden und sich keine neue Gründe für die Schuld ergeben, bewilligen. (b). Weil indessen diese ausser dem Gerichtsbezirk des ertheilenden Richters nicht wirksam seyn kann; so ist es freilich räthlich den Landesherrn, oder das die Stelle dieses vertretende Kollegium anzugehen, und daß man bei dem zuständigen Oberrichter wegen eines widerrechtlich versagten sicheren Geleits Beschwerde führen kann, ist ausser Zweifel (c).

a) Boehmer ad C. C. C. Art. 156. §. 1. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1849.

b) S. Grolman a. a. O. §. 492.

c) P. G. O. Art. 76. 156. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 834. Mevius P. III. Decis. 169. P. IV. Decis. 211. Koch Institut. jur. criminal. §. 956. Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. III. §. 13. Hanzely Anleitung zur neuesten Reichshofrathspraxis. §. 1475. de Cramer System. processl. imper. §. 1224-1235. Pütter Nova epitome processus imperii. §. 230. 256. 339. de Ludolf Commentat. system. de jure camerali. Sect. I. §. 12. No. 7. p. 161.

§. 232.

§. 232.

Fortsezung.

Das sichere Geleit wird auf vorgängiges Ansuchen des Verdächtigen ertheilet. Dieses Gesuch bringet mann gewöhnlich durch einen Bevollmächtigten an, und wenn der Angeschuldigte es unmittelbar selbst einbringen will; so darf er wenigstens den Ort seines Aufenthals nicht angeben. In jedem Falle aber ist zwar eine umständliche Ausführung der Vertheidigungsgründe nicht nothwendig, wohl aber die Anführung und kurze Bescheinigung dessen, was etwa dem Inkulpaten besonders zu statten kommt, sehr räthlich weil dadurch nicht nur die Erlangung des sicheren Geleites erleichtert, sondern besonders auch der Richter zu Festsezung einer geringeren Kautionssumme bestimmt wird (a). Genugsame Sicherheit nämlich muß allezeit geleistet werden, und ehe dieses geschehen ist, pfleget man den Geleitsbrief nicht auszufertigen (b). Die Größe derselben sezet der Richter nach seinem Ermessen fest, und nimmt dabei auf die Beschaffenheit des Verbrechens selbst, und den Verdacht, der den Angeschuldigten drüket, Rüksicht. Durch Bürgen oder Pfänder ist dieselbe, in der Regel, zu leisten, und eine eidliche Kaution lässet man nur dann zu, wann entweder von geringen Vergehungen die Rede ist, oder gegen den Angeschuldigten nur ein sehr entfernter Verdacht streitet, oder auch der Verdächtige schlechterdigs nicht zur Hand gebracht, und doch von ihm eine dingliche Kaution unmöglich geleistet werden kann (c). Gewöhlich gehet sie dahin, das der Vergeleitete auf ergangene Ladung sich jedesmal gebührend stellen, auch die ihm zu bezahlen aufgelegte Kosten entrichten solle. Nur bei

geringen Vergehungen, die eine Geld⸗ oder andere Strafe der Art nach sich ziehen, pfleget man dieselbe überhaupt, auch auf die pünktliche Erfüllung alles desjenigen, was Urthel und Recht mit sich bringen wird, zu richten (d).

a) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 837. 843. Christ. Jac. Heil Judex et defensor in processu inquisitionis. Lips. 1717. p. 68. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1849. Mevius P. III. Decis. 196.

b) Die Landesherrn ertheilen bisweilen auch ohne Sicherheitsleistung ein sicheres Geleit. Ludovici Einleitung in den peinl. Prozeß. Kap. III. §. 13.

c) Ludovici a. a. O. §. 11. 12. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 17.

d) Quistorp a. a. O. §. 839. 841. Koch Institut. jur. criminal. §. 955.

§. 233.

Fortsetzung.

Das sichere Geleit schüzet gegen jede unrechtmäßige Gewalt, und so lange gegen den Vergeleiteten noch nichts peinliches erkannt ist, derselbe auch sich geleitlich verhält, das heist, auf jedesmaliges Erfordern erscheinet, keine Anstalt zur Flucht macht, und keine neue Verbrechen begehet, die die Gefangennehmung nothwendig machen (a), darf er gefänglich nicht eingezogen werden — Die Wirkungen des sicheren Geleites fallen mithin weg, wenn 1) auf die Tortur, oder die Bedrohung derselben, oder auf eine peinliche Strafe erkannt ist, wobei der Richter die zu Einwendung der Suspensivmittel anberaumte zehentägige Nothfrist nicht

ab⸗

abzuwarten brauchet (b). 2) Wenn die Zeit, auf welche der Geleitsbrief ertheilet worden, abgelaufen ist 3) Wenn der Vergeleitete ein neues Verbrechen begehet, das durch sich selbst die Verhaftnehmung nothwendig macht. 4) Wenn der Vergeleitete den an ihn erlassenen Ladungen keine Folge leistet, besonders wenn er in dem zu Eröffnung des gefällten Urthels anberaumten Termine nicht erscheinet. Wenn endlich 5) der Vergeleitete Anstalten zur Flucht, mithin allen Umständen nach zu fürchten ist, es werde die Absicht der Untersuchung ganz vereitelt werden.

a) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 838. 840. 842. Boehmer ad C. C. C. Art. 156. §. 3. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. III. §. 15 = 18. §. 19 = 22.

b) Ludovici a. a. O. §. 18. Koch Institut. jur. criminal. §. 958.

§. 234.

Oeffentliche Ladung.

Noch ein Mittel endlich des entwichenen Verbrechers habhaft zu werden ist — die Erlassung einer öffentlichen Ladung. So oft nämlich alle bisher angeführten Wege nicht eingeschlagen werden können, und keine Hoffnung ist, den Angeschuldigten auszumachen, oder es auch an Mitteln fehlet, diesem eine Ladung einhändigen zu können, schreitet man, wiewohl selten mit günstigem Erfolge, zur Ediktalladung. In Ansehung ihrer innern Einrichtung und der Art ihrer Bekanntmachung kommt sie mit den in dem bürgerlichen Prozeß üblichen vollkommen überein (a), sie enthält allzeit, auch stillschweigend (b), ein allgemeines sicheres Geleit,

und

und wenn gleich derselben eine peremtorische Klausel dahin eingerükt zu werden pfleget, daß im nicht Erscheinungs-Falle der Geladene für bekannt und überwiesen erkläret werden solle; so muß dieser dennoch in der Folge zu aller Zeit mit seiner rechtlichen Vertheidigung gehöret werden (c).

a) Meine Grundsätze ꝛc. §. 94.

b) Nicht selten geschiehet es, daß man das allgemeine sichere Geleit ausdrücklich beifüget.

c) Koch Institut. jur. criminal. §. 950. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 831. Claproth Einleitung in sammtliche summar. Prozesse. §. 542. Ludovici Einl. zum peinl. Prozeß. Kap. III. §. 6. 7. Schaumburg Princ. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 16. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1847. Leyser Spec. 628.

§. 235.

4) Entdekung des Thäters.

Der Zwek der Generalinquisition lässet sich nicht errreichen, wenn der Richter nicht den Thäter des in Frage stehenden Verbrechens entdeket. Entdeken aber kann er ihn: I. durch Haussuchung. II. Durch Vernehmung all derjenigen Personen, die wahrscheinlich von der Sache Wissenschaft haben. Vorsichtig muß der Richter hierbei zu Werke gehen, er darf seine Untersuchung nicht gegen eine gewisse Person namentlich richten, noch den Zeugen Umstände in den Mund legen, vielmehr hat er seine Fragen ganz allgemein zu fassen, und mittelst solcher allgemeiner Fragen die That sowohl selbst mit allen Umständen, die sie begleitet haben,

ben, als auch den Thäter, seine Helfer und Heeler zu erforschen Giebt ein Zeuge, oder Denuntiant an, er wisse den Namen des Thäters nicht, kenne ihn aber, wenn er ihn sähe; so muß der Richter vorerst eine genaue Beschreibung seiner Statur, Sprache, Kleider u. s. w. sich geben, sodann denjenigen, gegen den einiger Verdacht vorhanden ist, mit mehreren andern Personen vortretenlassen, um auf diese Weise vielleicht näher auf die Spuhr zu kommen. Hat jemand schon einigen, wiewohl sehr schwachen Verdacht gegen sich; so ist es nicht selten von gutem Nuzen, wenn derselbe als Zeuge vernommen, und auf diese Weise ein Versuch gemacht wird, ob er nicht durch seine eigene Aussagen, oder durch Verwirrung, in die er geräth u. s. w. näheren und stärkeren Verdacht begründet. Niemals aber darf eine solche verdächtige Person beeidiget, oder auch nur an Eidesstatt vernommen werden (a). III. Durch eigenes Geständniß. Endlich IV. durch nahe, oder entfernte Anzeigen.

a) Koch Institut. jur. criminal. §. 730. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 534. 535. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 609. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. I. §. 19. 20. Pufendorf Tom. II. Obs. 155.

§. 236.

Anzeigen.

Jede Thatsache ist Folge einer vorangegangenen Ursache, alle sind durch eine Kausalverbindung an einander gereiht. Immer läßt sich also von einem bekannten Etwas (sei es factum oder Gang der Natur) auf das Daseyn oder Nichtdaseyn eines andern Etwas

schlies-

schliessen. Ist der Schluß aus der Verbindung zwischen einer aufgefundenen Thatsache, oder den aufgefundenen Thatsachen und derjenigen, welche als unmittelbarer Gegenstand des Beweises in Criminalsachen erscheint, ein nothwendiges; so ist der Beweis, welcher aus jener oder jenen Thatsachen für diese fließt, unter der Voraussetzung ein vollständiger, daß jene, wenn auch nur juridisch vollständig erwiesen seyen. Ist dagegen dieser Schluß nur möglich, nicht nothwendig, oder ist die mit der zu beweisenden nothwendig verbundene Thatsache selbst nicht vollständig erwiesen; so ist der Beweis, welcher sich dem Richter hieraus darbietet, nur ein unvollständiger, die aufgefundene Thatsache mithin für die Gegenstände des Beweises unter eine Quelle von Vermuthungen und mithin zu den Indicien gehörig. Ist demnach eine Thatsache vorhanden, welche die Gründe enthält, woraus möglicher Weise auf andere Thatsachen geschlossen werden kann, von denen die Anwendung eines Strafgesetzes abhängt, so heißt diß Anzeige (Indicium). Da nun a) das Daseyn eines Verbrechens überhaupt, b) das Daseyn der Schuld eines bestimmten Individuums und c) das Daseyn von Schärfungs- und Milderungsgründen Gegenstände des Beweises in Criminalsachen sind, so theilen sich die Anzeigen des Thatbestandes (indicia corporis delicti) Anzeigen des Thäters, (indicia auctoris s. delinquentis) und in Anzeigen der die Größe der Strafbarkeit bestimmenden Umstände (indicia qualitatis et quantitatis delicti) und in Hinsicht aller dieser Punkte können sowohl für die Anschuldigung, als für die Vertheidigung Beweisgründe aus der aufgefundenen Wahrheit

heit anderer Thatsachen, welche mit den bezeichneten in Verbindung stehen, abgeleitet werden (a).

a) Grolmann a. a. O. §. 448.

§. 236. b

Fortsetzung.

Der Grund jedes Indiciums ist die Causalverbindung zwischen der bekannten und der daraus zu schliessenden Thatsache, und nach dem verschiedenen Grade dieser Verbindung, je nachdem sich dieselbe der Nothwendigkeit des Geschlossenen annähert, oder davon entfernt, heißen die Indicien nahe, redliche, genügsame (indicia proxima) oder entfernte (indicia remota). Da übrigens diese Schlüsse, schon ihrem Begriffe nach auf blos wahrscheinlichen Gründen beruhen, blos möglich nicht nothwendig sind, so liegt von selbst am Tage, daß hier nicht von derjenigen Wahrscheinlichkeit, die nach der Vorschrift der Gesetze für Wahrheit selbst zu halten ist, (sonst auch praesumtiones juris et de jure genannt) die mithin keine Grade hat, sondern vielmehr von dem Inbegriff derjenigen Gründe, aus welchen mehr Wahrheit als Unwahrheit erhellt, bei welchen also auch Grade vorhanden seyn müssen, die Rede ist. Beide aber, die nahen sowohl, als die entfernten Indicien können entweder bei allen Verbrechen ohne Unterschied vorkommen, oder treten nur bei gewissen einzelnen Arten von Verbrechen ein. Jene heissen gemeine (indicia communia), diese besondere Anzeigen (indicia propria) (a). Nach der Verschiedenheit der Verbindung der, als Indicium erscheinenden Thatsache mit dem Beweissatze sind die Indicien wieder von dreierlei Art, 1) solche, von welchen die zu

beweisende Thatsache als Folge betrachtet werden kann (antecedirende Indicien). 2) Solche, welche als die Folgen der zu beweisenden Thatsachen erscheinen können (subsequente), 3) solche, welche als Folgen einer Ursache erscheinen, die man auch als Ursache der zu beweisenden Thatsache betrachten kann (konkurrente Anzeigen). Alle Indicien lassen sich hiernach erschöpfend classifiziren, alle möglichen einzelnen Indicien aber aufzuzählen, ist durchaus unmöglich und unnüz (b). Eben so lehrt die Natur der Sache und wird auch von den Gesetzen anerkannt (c), daß der Grad der durch vorhandene Anzeigen erzeugten Wahrscheinlichkeit nach gegebenen bestimmten Regeln unmöglich sich beurtheilen lasse, sondern daß in einem jeden einzelnen Falle das vernünftige Ermessen des Richters vorzüglich wirksam seyn müsse. Kaiser Karl V. hat nur Beispielsweise, in der Absicht die peinlichen Richter nicht ganz ohne Leitfaden zu lassen, in seiner Ordnung einzelne, sowohl gemeine als besondere, sowohl nahe als entfernte Anzeigen aufgezählt. Bei diesen uns aufzuhalten ist hier der Ort nicht (d), es mag daher an folgenden allgemeinen Bemerkungen nur noch genügen. Die Stärke oder Schwäche der Indicien hängt ab I. von dem Verhältniß derselben zu den entgegenstehenden Gegen-Indicien. Jemehr Gründe dem Indicium entgegenstehen, desto mehr wird es geschwächt, je weniger ihm entgegen stehen, desto größer ist die Vermuthung, II. hängt die Stärke der Indicien von dem Beweis derselben ab. 1) Ein Indicium kann den, aus ihm an sich hervorgehenden Grad des Verdachts nur dann begründen, wenn es selbst vollständig erwiesen ist. 2) Ist das Indicium nicht vollständig erwiesen, so sinkt der aus demselben an sich hervorgehende Verdacht,

dacht, um so viel, als an dem vollen Beweis der Anzeige mangelt (e). Eben daher darf a) der Richter auf abergläubische und nichtswürdige Indicien durchaus keine Rücksicht nehmen. b) Nicht einzelne Anzeigen abgesondert, sondern der ganze Inbegriff aller Anzeigen, der ganze Zusammenhang der entdekten Umstände sind sorgfältigst zu erwägen, alle Gründe für und wieder auf das genaueste gegen einander zu halten, und erst dann, wann das alles geschehen ist, lässet sich ein richtiges Urtheil über den erzeugten Grad der Wahrscheinlichkeit fällen. c) Eine nahe vollständig erwiesene, wie auch mehrere nahe, wenn gleich nicht gerade vollständig erwiesene und mehrere entfernte sämtlich vollständig erwiesene Anzeigen machen zwar einen halben Beweis, daß das in Frage stehende Verbrechen von dem Angeschuldigten begangen worden, aus; allein in keinem Falle reichet blose, durch Anzeigen erzeugte Wahrscheinlichkeit, ohne Beweis zur Verurtheilung hin. Bloser Verdacht macht noch kein Verbrechen, und nur dieses soll bestrafet werden, mithin ist derselbe bei keinem Verbrechen zur Bestrafung zureichend, es mag solches ein grobes oder ein leichtes seyn, es mag Leibes- oder Lebens- oder eine der Ehre, oder Freiheit nachtheilige härtere Strafe darauf stehen. Dazu aber ist der Richter, nach Befinden der Umstände, wohl berechtiget, entweder den Angeschuldigten unter der Bedingung loszusprechen, daß derselbe den wieder ihn streitenden Verdacht durch einen Eid von sich ablehnen solle, oder er kann auch den verdächtigen Missethäter aus der Klasse der Bürger heraussezen, oder, um diese wieder ihn zu sichern, in Verhaft nehmen, und dieses selbst alsdann, wann derselbe die Tortur ausgestanden hat; denn das Gefängniß

zweckt nicht immer auf Bestrafung ab, und die Verweisung ist nicht immer Strafe (f).

a) a. M. in Hinsicht auf diese Eintheilung ist Feuerbach a. a. O. §. 547.

b) Grolmann a. a. O. §. 450.

c) P. G. O. Art. 18. 24. 27. 28. 29. 31.

d) Sieh, ausser den Kommentatoren über die peinliche Gerichtsordnung, wie auch den angeführten Abhandlungen des Walchs ond Püttmanns, und andern bekannten Schriften über das peinliche Recht, vorzüglich noch Koch Institut. jur. criminal. §. 738-749. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 613-642. J. L. E. Püttmann Diss. de lubrico indiciorum. Lips. 1785. (in Opusc. jur. crim. pag. 221.) — Wolter Diss. quæ semiologiæ criminalis capita quædam summa tractat. Halæ 1790. — Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 544-565. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 448-460.

e) Vergl. hiemit Feuerbach a. a. O. §. 560. u. 564.

f) Struben R. B. Thl. II. Be. 117. Jul. Frid. Malblanc Pr. de poenis ab effectibus defensionis naturalis etiam in statu civili probe distinguendis. Altorf. 1785. (Stehet auch in Plitt Anal. jur. crim. Tom. I. No. 2.) Walch Diss. cit. §. 15.

* Dieser Meinung von Danz sind noch Quistorp in dem rechtlichen Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises - gegen Angeschuldigte zu verfahren sey? Rostock 1774. — Kleinschrod Ueber die Wirkungen des unvollständigen Beweises in peinl. Sachen. In dessen Abh. B. I. n. 1. (Kleinschrod verwirft zwar die ausserordentlichen Strafen, indem er aber Freiheitsbeschränkungen als Sicherungsmittel zuläßt, verwirft er wie Danz dieselben nur dem Namen nicht der That nach) vorzüglich haben auf die

Praxis gewirkt die Entscheidungen der Göttiger Juristenfakultät bei Meister in den praktischen Bemerkungen. B. I. S. 1 = 30. und S. 213. f. Man s. auch Kleins Annalen B. XIII. S. 217. Allein unmöglich ist eine Meinung zu rechtfertigen, welche den Verdacht als Verbrechen behandelt, (ein Verfahren, welches selbst positive Gesetze Art. 22. d. P. G. O. so ernstlich verbieten) und entweder den Unschuldigen mit unverdienten, oder den Schuldigen mit nicht genügenden Uebeln, auf eine sehr inconsequente Weise belastet. Allmählig gewinnt denn auch diese richtigere Meinung das Uebergewicht und nach den Schriften von Holzschuher ab Harrlach de poena extraordinaria deficiente plena criminis probatione neuti quam decernonda. Alt. 1799. Feuerbach Revision. B. I. S. 64. nnd die über die von Klein und Kleinschrod aufgestellte Preißfrage über das Verfahren gegen höchst verdächtige eingegangenen und in dem Archive abgedruckten Preißschriften von Eisenhardt, Zachariä und andern, kann in solchen Fällen, wo größerer oder geringerer Verdacht eintritt, nur Absolution von der Instanz und keine andere Sicherheitsmaßregel statt finden, als eine Aufforderung der Polizei zu besonders thätiger Aufsicht über den Freigelassenen. In solchen Fällen aber, wo, ohne das Daseyn ausserordentlicher, nicht zu vermuthender Umstände, der Angeschuldigte als der Verbrecher betrachtet werden müßte, und dieser nun zu seiner Entschuldigung dergleichen Umstände angiebt, welche sich nachher erwiesen als ungegründet darstellen, würde es sich allerdings, als die natürliche Folge der eigenen Schuld des Angeschuldigten, rechtfertigen lassen, wenn man denselben auf solange, als der im Falle der Schuld verdienten Strafe desselben entspräche, seiner Freiheit beraubte, wenn er nicht unterdessen an die Stelle seiner erdichteten Entschuldigung eine andere, bewiesene oder wenigstens innerlich oder äusserlich wahrscheinliche, zu setzen vermögend seyn sollte. Sieh. über dieses alles Grolman a. a. O. §. 515.

§. 237.

§. 237.

Summarische Vernehmung.

Hat der Richter durch die bisher beschriebenen Vorkehrungen es so weit gebracht, daß eine gewisse gegenwärtige Person so viel Verdacht gegen sich hat, daß die Verhaftnehmung statt findet; so muß er, ehe er zur Specialinquisition schreitet, den Angeschuldigten zuvor noch summarisch vernehmen. Unter der summarischen Vernehmung aber, im Gegensaz gegen die artikulirte, wo der Befragte auf bestimmte, besonders entworfene Fragen bejahend, oder verneinend antworten muß, verstehet man diejenige, wo der Befragte, ohne daß bestimmte Fragen vorher besonders entworfen worden wären, durch den Richter blos durch allgemeine Fragen veranlaßt wird in einer zusammenhängenden Erzählung die ihm von der Sachen Beschaffenheit beiwohnende Wissenschaft zu eröffnen. Ihr Zwek ist, eine deutlichere Erkenntniß der Wahrheit zu erlangen, sie darf daher, der Regel nach, nicht ausser Acht gelassen werden (a), und da sie eine sehr wichtige Handlung des peinliche Prozesses, ja sogar die Grundlage des ganzen weiteren Verfahrens ausmacht; so ist es vor sich klar, warum bei derselben gewisse Feierlichkeiten und große Vorsicht zu beobachten sind. Es muß nämlich 1) die Gerichtsbank mit Richter, Schöppen und Gerichtsschreiber behörig besezet seyn (b). 2) Die Erkundigung nach der Herkunft, dem Alter, Lebenswandel, Verwandschaft, Verbindung, in welcher der Angeschuldigte mit dem Beleidigten, Beschädigten, oder gleich Verdächtigen stehet, nach den Vermögensumständen, Erwerbungsmitteln, nach der Ursache der Ladung, oder auch Verhaftnehmung pfleget allzeit die

Einleitung zur Benehmung auszumachen (c). Hierauf folget 3) von Seiten des Richters die Ermahnung zum Geständnisse der Wahrheit, sehr oft verbunden mit Drohung und Verheissung (d). 4) Bei den Fragen selbst muß der Richter seinen Zwek, von dem Angeschuldigten selbst nämlich die Wirklichkeit des Verbrechens samt den dabei vorgekommenen Umständen, insonderheit auch, wo? wann? und bei welcher Gelegenheit alles geschehen, in Erfahrung zu bringen, vor Augen haben, mithin auf alles das seine Untersuchung richten, was zum vollständigen Begriffe der in Frage stehenden Missethat gehöret damit ausser Zweifel gesezet werde, ob es ein blos vorgehabtes, oder versuchtes, oder unvollendetes, oder völlig vollbrachtes Verbrechen sey (e) 5.) Alles nun, was auf diese Weise zwischen dem Richter und Angeschuldigten vorgehet, hat der Gerichtsschreiber auf das genaueste zu verzeichnen, und, um die höchst mögliche Genauigkeit zu beobachten, das Niedergeschriebene dem Angeschuldigten wieder vorzulesen (f). 6) Sollte der Inkulpat die deutsche Sprache nicht verstehen; so wird es nothwendig, zwei geschikte, beeidigte Dollmetscher zuzuziehen, und die gegebenen Antworten sowohl in der Muttersprache jenes, als in der Uebersezung zu Protokoll zu nehmen. Bei Tauben und Stummen hilft man sich, wo möglich, so, daß man jenen die Fragen schriftlich vorleget, und sie mündlich antworten lässet, diesen aber die Fragen vorsaget, und ihre Antworten sie niederschreiben lässet. Ist hingegen diese Verfahrungsart nicht ausführbar, oder hat man mit Taub und Stummen zugleich, die entweder geschriebenes, nicht lesen, oder doch nicht schreiben können, zu thun; so kann man freilich, da die Zeichen- und Geberdenspra-

che immer sehr trüglich ist, selten die Untersuchung fortsezen, sonder es bleibet gewöhnlich nichts übrig, als dafür zu orgen, daß dergleichen Personen in Zukunft nicht mehr schädlich werden können. Stellet der Angeschuldigte sich wahnsinnig, oder krank, oder taub, oder stumm; so muß man durch Aerzte, oder auf andere Art zu erforschen sich bemühen, ob es blose Verstellung, oder ein wirkliches Uebel sey (g).

a) Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 663. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. V. §. 2. Das Gegentheil behauptet Mevius P. V. Decis. 301.

b) Karl Traugott Fischer Abhandlung von der summarischen Vernehmung im peinlichen Prozeß. Leipzig 1789. S. 28. folg.

c) Fischer a. a. O. S. 42. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 550.

d) Fischer a. a. O. S. 43. folg. Claproth a. a. O. §. 543.

e) Fischer a. a. O. S. 70. folg. Claproth a. a. O. §. 530.

f) Fischer a. a. O. S. 80. folg.

g) Claproth a. a. O. §. 544-550. Derselbe Zweiter Nachtrag zu der Sammlung gerichtlicher Akten. Enthält Auszüge aus zweien Untersuchungsakten wider Taub- und Stumme, wie auch eine Beschreibung der Mannheimischen Torturbank, ingleichen des im preussischen erfundenen Troges. Mit einem Kupfer. Gött. 1791. Koch Institutiones jur. criminal. §. 797. 798.

798. Quistorp a. a. O. §. 672. Vergl. überhaupt: Joh. Christ. Eschenbach Ausführliche Abhandlung der Generalinquisition. Erster Theil. Schwerin und Wismar, 1795.

§. 238.

Fortsezung.

Gestehet gleich der Inkulpat bei der summarischen Vernehmung das Verbrechen mit allen Umständen; so darf doch, vorausgesezet, daß von einer Missethat die Rede ist, auf welche wenigstens die Strafe der Relegation folget, die Specialinquisition niemals unterbleiben (a). Ehe jedoch der Richter zu dieser schreitet, muß er diejenigen Umstände, die durch das Verhör des Angeschuldigten noch nicht behörig im reinen sind vorerst noch möglichst zu berichtigen sich bemühen. Dieß kann durch Besichtigung, Abhörung solcher Personen, die Wissenschaft von der Sache haben, Erkundigung bei auswärtigen Obrigkeiten, und auf mancherlei andere Weise geschehen. Auch leisten Konfrontationen, von welchen unten weiter gehandelt werden wird, schon hier, als Ausnahme von der Regel, zuweilen guten Nuzen (b). Im Falle daß der Inkulpat zu keinem Geständnisse zu bringen ist, hat der Richter die einzelnen bewiesenen Punkte, in soweit dieses, ohne schädliche Suggestionen zu begehen, geschehen kann, durchzugehen und in Ansehung ihres sowohl die Mittel, welche zum Beweise des Abläugnens des Inkulpaten gebraucht werden könnten, als auch die Einreden, welche demselben gegen die Beweismittel zustehen konnten, kennen zu lernen (c).

a) Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. V. §. 2. Leyser Spec. 560. M. 11. Dan. Net-

Nettelbladt Diss. de sententia condemnatoria sine prævia inquisitione speciali. Hal. 1777. (Auch in Dessen Exercitat. academ. No. 28.) Car. Frid. Walch Diss. de verisimilitudine criminis. Jen. 1785. §. 11. Koch Institut. jur. criminal. §. 777.

b) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 551. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts §. 664.

c) Grolmann a. a. O. §. 537.

§. 239.

5) Entscheidung, ob mit der Specialinquisiton verfahren werden soll.

Auf die bisher beschriebene Weise vorbereitet, ist nun die Sache zu der Entscheidung, ob die Specialinquisition statt finde, oder nicht, reif. Diese beginnet mit dem artikulirten Verhör des Angeschuldigten, und so bald lezteres einmal vorgenommen worden ist, heißt der Inkulpat — Inquisit — peinlich Beklagter. Zur Specialinquisition übrigens kann nur dann rechtmäßig geschritten werden, wenn I. das corpus delicti behörig in Richtigkeit gebracht (a); II. von einem eigentlich peinlichen Fall, auf welchem eine Lebens-Leibes, oder dieser gleich geachtete andere schwere Strafe stehet die Rede ist (b); III. der Inkulpat das Verbrechen entweder selbst gestanden hat, oder dessen überwiesen, oder doch sehr starker Verdacht, daß er die Missethat wirklich begangen habe, gegen ihn vorhanden ist. Die Beurtheilung dieses überlassen die Geseze dem vernünftigen Ermessen des Richters (c), gewöhnlich jedoch fordert man solche Anzeigen, die rechtlicher Art nach zum wenigsten einen halben Beweis ausmachen (d) — In der Specialinquisition selbst aber kommen folgende Handlungen;

lungen; vor: 1) das artikulirte Verhör; 2) verschiedene Vertheididigungen; 3) Beweis; 4) Konfrontation; 5) Mittel, die Wahrheit herauszubringen: 6) die Urthel; 7) Rechtsmittel dagegen; 8) Vollstrekung (e).

a) P. G. O. Art. 6. 20. 35. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 667. Car. Frid. Walch Diss. de verisimilitudine criminis. Jen. 1785. §. 10.

b) P. G. O. Art. 6. Quistorp a. a. O. §. 665. 667. Boehmer ad C. C. C. Art. 20. §. 10. Koch Institut. jur. criminal. §. 782. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IV. §. 2. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 18. Leyser Spec. 560. M. 11. seq. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1871 = 1876.

c) P. G. O. Art. 6. 7.

d) Koch l. c. Quistorp a. a. O. §. 667. Boehmer l. c. §. 1. 2. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 557.

e) Nicht bei einer jeden Untersuchung indessen kommen gerade alle diese einzelne Handlungen vor.

§. 240.

Mittel, die Specialinquisition abzuwenden.

Die Verhängung der Specialinquisition hat für den Angeschuldigsten höchst nachtheilige Folgen. So lange dieselbe dauert, und er seine Unschuld nicht dargethan hat, wird er für anrüchig gehalten, aus Zünften, Innungen und Gesellschaften ehrbarer Männer ausgeschlossen, zu neuen Ehrenstellen nicht zugelassen, auch, wenn das Verbrechen die Verwaltung seines Amtes betrifft, oder die fernere Führung seines Amtes

tes Anstoß und Aergerniß verursachen würde, von diesem einstweilen suspendiret (a). Nothwendig gehet daher der Richter bei Erkennung derselben höchst vorsichtig zu Werk und billig ist es, daß die Geseze dem Angeschuldigten einige Mittel vergönnen, durch die er solche von sich abwenden kann. Diese sind: 1.) Vertheidigung zu Abwendung der Specialinquisition. Die oben von Vertheidigungen überhaupt angegebenen Grundsäze finden auch hier ihre volle Anwendung, und die gerade zu dieser Vertheidigung tauglichen Gründe ergeben sich aus dem bisher angeführten von selbst. Der Defensor muß nur immer den Zwek seiner Vertheidigung sorgfältig vor Augen behalten, und daher der Ausführung solcher Gründe sich enthalten, die blos dahin abzweken, dem Missethäter eine Milderung der ordentlichen, oder die Zuerkennung einer ausserordentlichen Strafe zu erwürken (b). Trauet der Defensor seiner Vertheidigung nicht ganz, und ist doch höchst einleuchtend darzuthun im Stande, daß nach völlig geendigter Specialinquisition höchstens nur auf den Reinigungseid, oder eine Geldstrafe erkannt werden kann; so thut er wohl, wenn er jezo gleich erkläret, daß der Inkulpat zu dem einen, oder der andern wirklich bereit sey (c).

a) Koch Institut. jur. crim. §. 781. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 674. Leyser Spec. 560. M. 18. seq. et Cor. 2. Boehmer ad C. C. C. Art. 20. §. 6.

b) Koch l. c. §. 784-788. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 10. §. 24. Quistorp a. a. O. §. 675. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 553. Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. IV. §. 3. folg. Boehmer l. c. §. 7-17.

c) Boehmer l. c. §. 18. Koch l. c. §. 788.

§. 241.

§. 241.

Fortsetzung.

Ein weiteres Mittel noch, die Specialinquisiton abzuwenden, ist die Abolition, oder Aufhebung der Untersuchung Unter ihr verstehet man nichts anders, als die Landesherrliche Verordnung, daß die wegen eines begangenen Verbrechens angefangene, aber noch nicht vollendete Untersuchung aufgehoben seyn soll Ertheilet der Landesherr einer oder mehreren Personen aus eigener Bewegung eine solche Befreiung; so ist das eine allgemeine, oder öffentliche Abolition; ertheilet er sie hingegen einem, oder mehreren auf vorgängiges Ansuchen; so wird es eine besondere, oder Privatabolition genannt. Eine jede Abolition kann entweder unbestimmt, oder unter mancherlei Einschränkungen; entweder in Ansehung aller von einer Prson begangener Verbrechen, oder nur in Ansehung des einen, oder des anderen; entweder blos mit Endigung des angestellten Prozesses, oder auch zugleich mit Zernichtung des ganzen Andenkens der Sache (a); entweder mittelst bloser Abforderung und Zurükbehaltung der Untersuchungsakten, oder mittelst einer förmlichen Begnadigungs- oder Abolitionsurkunde (b) ertheilet werden. In jedem Falle aber hänget die Ertheilung der Abolition, als eine Gnadensache blos von der Willkühr des Landesherrn ab, kein Richter, kein Kollegium, dem dieses Recht nicht ausdrücklich besonders ertheilet worden, kann dieser Befugniß sich anmassen. Die Art und Beschaffenheit des Verbrechens selbst indessen, wie auch die Lage der Sache kommen bei der Frage: ob eine Abolition zu ertheilen sey? nie in Betracht. In Ansehung aller Verbrechen,

brechen, und in jeder Lage der Sache kann der Landesherr eben so sie ertheilen, wie die Bestimmung der Modifikationen, unter welchen sie ertheilet werden soll, von seinem Willen abhänget. Will er jedoch gerecht seyn; so muß ihn eine rechtmäßige, erhebliche Ursach zu Ertheilung einer solchen Befreiung veranlassen, und jenes höchste Gesez — die Erhaltung und Beförderung der öffentlichen Wohlfarth – darf er auch hier nie ausser Augen sezen. Eine einmal rechtmäßiger Weise mittelst einer öffentlichen Urkunde zugestandene Abolition aber darf niemals wiederrufen werden, es wäre dann, daß sie durch Erzählung falscher wesentlicher, oder Verschweigung wahrer wesentlicher Umstände erschlichen worden, oder daß die Bedingungen, unter welchen sie ertheilet worden, nicht in Erfüllung gegangen wären. Rühret die Abolitions von demjenigen Landesherrn her, in dessen Staaten das Verbrechen begangen worden; so wird dieselbe einem lossprechenden Urthel gleich geachtet, und ist mithin auch ausser dem Lande des Ertheilenden wirksam. Hat solche hingegen derjenige Landesherr ertheilet, in dessen Staaten der Angeschuldigte wohnet, oder wo dieser ergriffen und zur gefänglichen Haft gebracht worden; so ist sie über die Gränzen des Verleihenden hinaus nicht verbindlich. Im Ganzen aber sind die Wirkungen einer unbestimmt erlangten Abolition, da man solche einem rechtskräftigen Urthel gleich achtet, diese, daß von einer Bestrafung nun die Rede nicht mehr ist, und alle aus dem angeschuldigten Verbrechen erwachsende Anrüchigkeit verschwindet, der Angeschuldigte mithin sein Amt und Würde behält, oder in dieselbe wieder eingesezet wird, zu neuen Ehrenämtern ihm der Zutritt offen stehet, er zu dem freien Genusse aller bürgerlichen

chen Rechte wieder gelanget, und diejenigen, die ihm in der Absicht, ihn zu beschimpfen, das Verbrechen vorrüken, mit der Injurienklage zu belangen berechtiget ist. Von der Bezahlung der bereits aufgelaufenen Untersuchungskosten befreiet jedoch dieselbe nicht, auch dem beleidigten Theile kann sie in Ansehung der ihm gebührenden Genungthuung eben so wenig nachtheilig seyn, als wenig sie andere schon erworbene Rechte eines dritten auf irgend eine Weise schmählert (c).

a) Die Abolition des Prozesses nützet nur demjenigen, dem sie ertheilet worden. Die auf die Zernichtung des Andenkens der Sache gerichtete Abolition hingegen kommt allen Mitschuldigen zu statten, wenn sie gleich nur einem, oder dem andern besonders ertheilt seyn sollte.

b) Die leztere ist eine förmliche Abolition, die den Angeschuldigten vollkommen sichert, und auch den Nachfolger in der Regierung verbindet.

c) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 850-861. Koch Institut. jur. criminal. §. 977-986. Claproth Einleitung in sämtl. summarische Prozesse. §. 554. Leyser Spec. 626. Christ. Wildvogel Diss. de abolitionibus et jure tertii circa eas. Jen. 1727. Jo. Rud. Engau Diss. de abolitione Jen 1754. Jo. Theoph. Seger Diss. de abolitione veteri et hodierna. Lips. 1778. Boehmer ad C. C. C. Art. 15. §. 2. Brunquell Diss. de criminum abolition. Jen. 1714. — Püttmann in adversar. C. 15. — Die Litteratur über das Begnadigungsrecht s. in Pütters Litteratur des teutschen Staatsrechts. Thl. III. §. 1284. und Klübers Fortsetzung S. 411. ff.

§. 242.

Fortsetzung.

IV. Mit dem Tode des Angeschuldigten höret in der Regel (a) das peinliche Verfahren auf. Die Erben

ben desselben können jedoch, in der Absicht, seine Unschuld gehörig darzuthun die Fortsezung des Prozesses allerdings verlangen, und den Beleidigten und Beschädigten bleiben ihre Rechte gegen die Erben allzeit ungekränket. V. Ein mit dem beleidigten Theile eingegangener Vergleich mildert zwar in manchen Fällen die Strafe, aber das peinliche Verfahren hebet er nicht auf, bestärket vielmehr den wieder den Angeschuldigten bereits vorhandenen Verdacht (b). VI. Durch Ungehorsam im nicht Antworten endlich, oder durch die Aufforderung des Denuntianten, oder Anklägers wegen einer nachtheiligen Ausſprengung kann die Specialinquisition nicht abgewendet werden (c).

a) Das Verbrechen des Hochverraths macht eine Ausnahme, L. 6. 7. 8. C. ad Leg. Jul. Maj., und bei sehr schweren Missethaten kann die Strafe allenfalls an dem Leichnam des Verbrechers vollzogen werden. Koch Institut. jur. criminal. §. 95. 987. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 861.

b) P. G. O. Art. 31. 44. Koch l. c. §. 986. Quistorp a. a. O. §. 862. Hellfeld Jurisprud. for. §. 353. Leonh. Henr. Ludov. Ge. de Canngiesser Decision. suprem. tribunal. appellat. Hasso-Cassellani. Tom. I. Decis. 3. p. 20. Schilter Exercitat. IX. Thes. 29. Der Richter darf sich, wenn die Strafe in den Gesetzen genau bestimmt ist, ohne landesherrliche Einwilligung, mit dem Verbrecher in Vergleichs-Unterhandlungen durchaus nicht einlassen. In solchen Fällen hingegen, wo von geringen Vergehungen, deren Strafe dem richterlichen Ermessen überlassen worden, die Rede ist, kann ein Vergleich mit dem Richter allerdings zulässig seyn. Wernher P. X. Obs. 418. Quistorp a. a. O. §. 104. El. Aug. Stryk Diss. de transactione super delictis. Hal. 1695. Marc. Rhod Diss. de transactione in delictis. Erford. 1700. —

Der L. 3. C. ut intra certum tempus criminalis quæstio terminetur findet heut zu Tage keine Anwendung mehr. Koch l. c. §. 988. b. Quistorp a. a. O. §. 862.

c) Koch l. c. §. 789. 790. Boehmer ad C. C. C. Art. 20. §. 17. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 555.

§. 243.

1) Artikulirtes Verhör.

Kann durch die bisher angegebenen Mittel die Specialinquisition nicht abgewendet werden; so bleibet nun nichts mehr übrig, als zu dem artikulirten Verhör zu schreiten (a). Zu dem Behufe dieses ziehet der Richter aus den über die Generalinquisition verhandelten Akten besonders aus dem sowohl mit den Zeugen als mit dem Inquisiten angestellten summarischen Verhör die Inquisitionalartikel. Unter diesen verstehet man Fragen des Richters an den Inquisiten über seine persönlichen Verhältnisse und über die Umstände des ihm angeschuldigten Verbrechens. Sie müssen, wenn sie zwekmäßig eingerichtet seyn sollen, 1) kurz und deutlich seyn, und, in der Regel, nie mehr als einen Umstand enthalten: 2) nur auf solche Umstände des Verbrechens, die zur Entscheidung etwas beitragen, darf man sie richten; 3) weder blos bejahungs = oder verneinungs = sondern fragweise sind sie einzurichten, und dürfen daher mit wahr nicht anfangen; 4) alle dem Verbrechen vorangehende, dasselbe begleitende, auf dasselbe folgende Umstände, die eigentlich das Verbrechen ausmachen, und zu dem Wesen desselben gehören muß der Richter mit möglichster Genauigkeit zu erforschen sich bemühen, und nicht nur

auf dasjenige, was dem Missethäter zum Nachtheile, sondern auch auf das, was ihm zum Vortheile gereichet, mit gleicher Aufmerksamkeit achten; 5) Entdekung der Wahrheit ist hier der höchste Zwek, die Fragen dürfen daher nicht auf Schrauben gestellet seyn, auch nichts überflüßiges, oder verfängliches enthalten; 6) in der Regel können die Artikel nur auf dasjenige Verbrechen gerichtet werden, von welchem der Richter bereits durch die angestellte Generalinquisition hinreichend unterrichtet, und in Ansehung dessen ein gegründeter Verdacht gegen den Inquisiten vorhanden und bewiesen ist (b).

a) Kleinschrod über die Rechte, Pflichten und Klugheitsregeln des Richters bei peinlichen Verhören u. s. w. Archiv B. I. St. 1. u. 2.

b) Diese Regel leidet dann eine Ausnahme, wenn der Angeschuldigte ein solcher Mensch ist, zu dem man sich allerhand Missethaten versehen kann. Hat der Inquisit das Hauptverbrechen, weßwegen er eigentlich in Inquisition gerathen, bereits gestanden; so darf man ihn beiläufig auch nach denjenigen Verbrechen fragen, in Ansehung deren es wahrscheinlich ist, daß er sie entweder selbst begangen, oder doch Theil daran genommen, oder doch Wissenschaft davon habe. P. G. O. Art. 20. Bei der Tortur darf der Richter nur dann beiläufig nach andern Verbrechen fragen, wenn die eingeholte Urthel ihm solches erlaubet.

§. 244.

Fortsetzung.

Vorzüglich muß 7) der Richter aller Suggestionen sich enthalten. Unter diesen verstehet man diejenigen Fragen, welche das Vorsagen eines speciellen, mit dem Verbrechen in besonderer Verbindung stehenden Umstandes, oder das Nennen einer bestimmten Per-

Person enthalten, und dem Befragten dasjenige in den Mund legen, was man eigentlich von ihm zuerst, und ohne besondere Veranlassung hätte hören sollen. (a). Es ist zwar erlaubt, den Inquisiten durch an ihn gerichtete Fragen zu einer bestimmten Antwort zu verleiten, aber die Antwort selbst darf nie schon in der Frage liegen. Auch dürfen zwar die schon entdekten Anzeigen, in so ferne sie auf die Person des Thäters gehen (indicia delinquentis); niemals aber, in so ferne sie auf das Verbrechen selbst gehen (indicia delicti), in die Artikel gebracht werden. Nicht einmal dann sind Suggestionen zu dulden, wenn sie gleich auf Vertheidigung des Inquisiten abzielen (b), oder wenn die suggerirten Umstände in den Akten gegründet sind (c), und der muthmaßliche Gehülfe eines Verbrechers darf nie in der Frage genannt werden, wenn gleich starke Anzeigen gegen ihn vorhanden sind (d). Das übrigens ist gleichgültig, ob die suggestiv Eigenschaft aus den Worten der Frage klar ist, oder ob sie blos aus andern Kennzeichen geschlossen werden kann, ob also die Suggestion eine klare, oder verstekte ist, und nur allein bei geringen, nicht eigentlich peinlichen Fällen, lassen suggestiv Fragen sich rechtfertigen. Sonst ist die Nichtigkeit der vorgenommenen Handlung die nothwendie Folge einer jeden Suggestion, der ganze Prozeß hingegen zerfällt nur dann als nichtig in sich selbst, wann der volle Beweis des Verbrechens ganz, oder hauptsächlich auf dem Geständnisse beruhet, und sich findet, daß gerade diejenige Frage suggestiv ist, von welcher alles abhieng, und das ganze Geständniß des Beklagten herkam. Genau genommen söllte diese aus Suggestionen entspringende Nichtigkeit durch Wiederholung des Verhörs nie gehoben werden können (e); allein

allein der Gerichtsbrauch ist dagegen und nimmt an, daß durch Wiederholung des Verhörs, oder Prozesses das vorige Gebrechen geheilet werden könne. So viel indessen ist gewiß, daß, wenn auf die Suggestion nicht Bekenntniß, sondern Läugnen erfolget, nunmehro weder zur peinlichen Frage, noch zur Bedrohung derselben geschritten werden kann (f) — Nicht nur aber bei dem artikulirten, sondern auch bei dem summarischen, wie auch bei dem Zeugenverhör, bei der Tortur, bei der Bedrohung derselben, und bei Konfrontationen können Suggestionen vorkommen, und in jedem Falle haben sie die nachtheiligsten Folgen für die weitere Untersuchung (g).

a) P. G. O. Art. 50 ·56. 60.

b) Unter Beziehung auf den Art. 47. der P. G. O. halten viele dieses für erlaubt.

c) Nur gar zu häufig bedienet man sich in diesem Falle der Suggestionen in der Absicht, um den Inquisiten vom Läugnen abzubringen, und ihm zu zeigen, daß die That dem Gericht doch bekannt sey, und er sich daher mit Läugnen nicht durchhelfen könne.

d) Hommel Rhapsod. Obs. 853.

e) Wiederholt der Inquisit das vorige Geständniß; so kehret mit solchem der vorige Zweifel wieder, ob er diese Umstände auch ohne Suggestion angegeben haben würde? und redet er das zweitemal verschieden; so entstehet daraus ein Widerspruch, welcher die in peinlichen Sachen nöthige Gewißheit, wenigstens einigermassen, schwächet.

f) Es würde bei denselben immer die Ungewißheit bleiben, ob nicht die Suggestivfrage die Ursach sey, daß das Geständniß gerade so erfolget ist. Es muß also hier, nach Befinden der Umstände, eine Verwahrung des Inquisiten eintreten, und der Richter den Zeitpunkt abwarten, bis mehrere Anzeigen gegen den Beschul-

schuldigten sich ergeben, wo alsdann mit besserem Grunde das Verfahren gegen denselben erneuert werden kann — Erstrecket sich jedoch der Verdacht nur bis zum Reinigungseide; so kann dieser, der Suggestion ohngeachtet, allerdings erkannt werden.

g) G. A. Kleinschrod Ueber Suggestivfragen des Richters. Wirzburg 1787. in den Abhandlungen Thl. I. No. 2. Peter Tschauggo Versuch einer Abhandlung von der Suggestion im peinlichen Rechtsverfahren. Ofen 1784. Jo. Chr. Koch In wie fern dem durch die Marter, oder Bedräuung derselben, erpreßten und nachher vom Inquisiten ratificirten Bekenntniß zu glauben sey, daß man denselben darauf verurtheilen könne? Giessen 1754. (Stehet auch in Siebenkees Magazin Thl. II. S. 326.) Quistorp Grundsäße des deutschen peinl. Rechts. §. 669. 670. Boehmer ad C. C. C. Art. 56. §. 1.

§. 245.

Fortsetzung.

8) Je nachdem die Inquisitionalartikel die persönlichen Verhältnisse des Inquisiten, oder das Verbrechen selbst, und die Umstände, unter welchen dieses begangen worden, betreffen, sind sie entweder allgemeine, oder besondere. Die ersteren gehen auf den Namen, Alter, Herkunft, Erziehung, Lebensart, Gewerbe, Vermögensumstände, und wohl gar auf den ganzen Lebenslauf des Inquisiten, und sind eben so wie die lezteren entweder schon vor der wirklichen Vornahme des Verhörs entworfen, oder der Richter füget sie den bereits entworfenen während des Verhörs noch bei. Die besonderen zweken dahin ab, alle Umstände der That, sie mögen nun für, oder wieder den Inquisiten streiten zu erforschen, und es ist daher nicht genug, wenn der Richter diesen am

Ende

Ende blos fraget, ob er noch etwas zu seiner Verthei-
digung vorzubringen wisse? sondern er frage ihn be-
sonders, was ihn zu der That bewogen? in was für
einem Gemüthszustande er sich bei Vollbringung der-
selben befunden? in welchem Verhältnisse er mit den
Zeugen stehe? ob er die vorhandenen Beweise, oder
Vermuthungen durch entgegengesezte entkräften, oder
schwächen könne? u. s. w. — Aus dem allem nun
ergiebt sich, wie große Vorsicht bei Entwerfung der
Inquisitionalartikel erforderlich und wie weise die Ein-
richtung ist, daß dasjenige Glied des Gerichts, das
sie entworfen hat, solche dem versammelten Gerichte
vorlegen muß, um die Erinnerungen der übrigen zu
hören, und die allenfalls nöthigen Verbesserungen an-
zubringen (a).

a) Claproth Einleitung in sämtliche summarische Pro-
zesse. §. 560-564. Quistorp Grundsätze des deut-
schen peinlichen Rechts. §. 668. Ludovici Einlei-
tung in den peinlichen Prozeß. Kap. V. §. 1. folg.
Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1964.
1965.

§. 246.

Fortsetzung.

Das Verhör über die Inquisitionalartikel selbst
wird vor behörig beseztem Gerichte, in Gegenwart des
Richters, der Schöppen und des Gerichtsschreibers
vorgenommen. Persönlich muß der Inquisit sich stellen,
selbst antworten, und es ist ihm eben so wenig erlaubt,
sich eines Sachwalters, als eines Fürsprechers zu be-
dienen. Nicht nur beim Anfang des Verhörs, sondern
auch in der Folge darf der Richter an dringenden Er-
mah-

mahnungen, die Wahrheit zu gestehen, es nicht ermangeln lassen, auch zwekmäßige Drohungen und Verheissungen sind zuläßig, Zwangsmittel aber nur dann anwendbar, wenn der angeschuldigte aus Halsstarrigkeit gar nicht, oder doch ganz unbestimmt antwortet, offenbare Lügen sich zu Schulden kommen läßset, und wohl gar darneben noch in dem Gerichte ungebührlich sich beträget. Doch auch in diesem Falle dürfen die Zwangsmittel nicht zu hart, und müssen der Grösse des Verbrechens, von welchem die Frage ist, angemessen seyn. Die Tortur, oder Bedrohung derselben findet blos zu Beugung des Ungehorsams nicht statt, und eben so verwerflich ist das Versprechen der Straflosigkeit, oder auch der Milderung der Strafe. Auf die Gemüthsbewegungen des Inquisiten achtet der Richter billig mit möglichster Aufmerksamkeit, benuzet die Augenblike der Rührung, Bestürzung, Verwirrung, begnüget sich mit allgemeinen, unbestimmten Antworten nicht, sondern dringet mit Recht auf bestimmte Erklärung, hält dem peinlich Beklagten die Widersprüche, in die er sich allenfalls verwikelt, nachdrüklich vor, lässet ein bloses Berufen auf das summarische Verhör niemals registriren, sondern verlanget auf die Inquisitionalartikel eine bestimmte Antwort, und macht es sich vorzüglich zum Gesez, den Inquisiten, der zu bekennen anfängt, nicht leicht, und nicht ohne ganz besondere Ursachen zu unterbrechen — Der Gerichtsschreiber protokollirt die Aussagen des Inquisiten mit aller Genauigkeit, behält, so viel möglich, die eigenen Worte desselben bei, verzeichnet darneben alle übrigen bemerkenswerthen Umstände, besonders auch das Benehmen des peinlich Beklagten, ob er zittert, sich verfärbt, stammelt u. s. w.

lieset

lieset demselben nach geendigtem Verhör das Protokoll deutlich vor, erinnert ihn genau Acht zu haben, um das Niedergeschriebene entweder schlechthin genehmigen, oder die nöthigen Erklärungen geben zu können, und unterschreibet, diesem vorgängig, die verfaßte Registratur. (a).

a) An vielen Orten ist es üblich, daß auch Richter und Schöppen ein jedes einzelnes Protokoll jedesmal eigenhändig unterschreiben — Ueberhaupt gehören zu diesem §. P. G. O. Art. 71. 181. folg. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 671 - 674. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 564-567. Koch Institut. jur. crimin. §. 795-802. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. V. §. 7. folg. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1966-1968.

§. 247.

2) Beweis.

Das nächste Geschäft in der Specialinquisition ist die Beweisführung. Bei dem Begriffe von Beweis, und den Eintheilungen desselben in künstlichen und nicht künstlichen, in einfachen und zusammengesezten, in vollständigen und unvollständigen, halben, mehr, oder weniger als halben; hier zu verweilen ist nicht nothwendig (a), es mag daher an folgenden Bemerkungen genügen: 1) die in peinlichen Sachen zuläßigen Beweismittel sind: Geständniß, Zeugen, Urkunden, Anzeigen. 2) Auf die im bürgerlichen Prozeß bei der Beweisführung zu beobachtende Nothfristen wird im peinlichen Rechtsverfahren keine Rüksicht genommen (b). 3) Eine eigentlich peinliche Strafe kann nur dann zuerkannt werden, wenn vollständiger Beweis vorhanden ist,

ist, dieser mag nun auf einem verbindlichen Geständnisse, oder auf andern zuläßigen Beweismitteln beruhen, denn das ausser einem vollständigen Beweise auch noch das eigene Geständniß des Missethäters zu dessen Verurtheilung erfordert werde, ist den Gesezen nicht gemäß (c). 4) Blose Wahrscheinlichkeit, ohne Beweis, reichet nie zur Verurtheilung wohl aber zur Losssprechung hin (d). 5) Ein mehr als halber, oder halber Beweis hat die Wirkung, daß, bei schweren Verbrechen, auf Tortur, oder doch Bedrohung derselben, bei geringen aber auf eidliche Reinigung erkannt wird. Ist die peinliche Frage abgeschaft, oder findet sie doch wegen der persönlichen Verhältnisse des Inquisiten in einem einzelnen Falle nicht statt; so erfolget bei Verbrechen, die nach den Grundsäzen des peinlichen Rechts Todesstrafe nach sich ziehen, wenn starker Verdacht wegen bösen Lebenswandels des Inquisiten hinzukommt, ewige Gefangenschaft (e), sonst aber, wenn es an einem solchen Verdachte mangelt, ein- bis zweijährige gelinde Gefangenschaft, nach Ablauf dieses Zeitraums aber Losssprechung von der Instanz, jedoch unter der Einschränkung, daß der Verdächtige hinreichende Sicherheit, vor Gericht allezeit auf Verlangen erscheinen zu wollen, durch Bürgen, oder Pfänder bestellen muß. Bei nicht tödlichen, jedoch schweren Verbrechen hingegen erkennet man, wenn die Tortur abgeschafft ist, oder nicht statt findet, nach Beschaffenheit der Größe der nach Grundsäzen des peinlichen Rechts in Ansehung der in Frage stehenden Missethat eintretenden Strafe, entweder auf halbjährige, oder jährige leidliche Gefangenschaft, nach [illegible] aber, wenn [illegible] deren [illegible] Sicherheit, [illegible] Verlangen sich allzeit stellen zu wollen, geleistet worden ist, auf Loßsprechung von der Instanz; oder,

oder, ohne weitere Bestrafung, auf Entbindung von der Instanz, und Kautionsbestellung (f). 6) Ein weniger als halber Beweis hat die Folge, daß, je nachdem der Angschuldigte des Meineides wegen verdächtig ist, oder nicht, entweder auf Territion, oder eidliche Reinigung, oder auch ohne daß weder das eine, noch das andere verangehet, blos auf Entbindung von der Instanz gesprochen wird (g). Diese leztere ist allerdings auch noch nach der Specialinquisition zulässig, denn kein Gesez ist dagegen, und auch in diesem Zeitpunkte sind oft noch die Vermuthungen nicht stark genug, um etwas darauf erkennen zu können (h). Die auf Nahrung und Vertheidigung verwandten Kosten muß der von der Instanz Entbundene in jedem Falle tragen die gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten des peinlichen Prozesses aber nur dann bezahlen, wann er sie entweder durch sein Verschulden veranlaßt, oder durch unerlaubte Handlungen den Grund zum Verdachte selbst geleget hat (i). 7) Wider den Angeschuldigten hat eben so wenig ein Erfüllungseid statt (k), als wenig die Eideszuschiebung hier Plaz greifen kann (l) 8) Dem Angeschuldigten, oder seinem Sachwalter liegt zwar der Beweis der Vertheidigungsgründe ob; allein wenn diese nicht alles Behufige beibringen; so muß auch der Richter von Amtswegen nach den etwaigen weiteren Vertheidigungsgründen und Beweisen der Unschuld forschen (m).

a) Sieh. Meine Grundsätze rc. §. 236. 242. 243. 245. 249.

b) [illegible] [illegible]vici Einleitung zum [illegible] P. G. O. Art. 156. Ludov[illegible] peinl. Prozeß. Kap. VI. §. 17. folg.

Koch Institut. jur. criminal. §. 807.

c) P

c) P. G. O. Art. 22. 67. 69. Leyser Spec. 641. Boehmer ad C. C. C. Art. 22. 69. Krefs ad C. C. C. Art. 22. 67. 69. Koch l. c. §. 808. 810. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 677. Der Art. 16. der P. G. O. stehet hier nicht im Wege — Die Pflicht des Richters indessen ist es immer, auch bei einem vorhandenen vollständigen Beweise, durch zweckmäßiges Zureden, und andere erlaubte Mittel den Inquisiten zu einem aufrichtigen Geständnisse zu bewegen.

d) Der Art. 22. der P. G. O. spricht blos von der Verurtheilung, nicht von der Losssprechung. Koch l. c. §. 809. b. Sieh. auch: G. A. Kleinschrod Abhandlung über die Wirkungen eines unvollständigen Beweises in peinlichen Sachen. Wirzburg 1786. §. 4 = 9.

e) Diese muß jedoch hier nicht Strafe, sondern blos Mittel zur Sicherheit seyn.

f) Kleinschrod a. a. O. §. 9 = 11.

g) Der letzte Weg gewähret den Nutzen, daß die vorhandenen Anzeigen nicht, wie nach Abschwörung des Reinigungseides, oder Ausdauer der Territion, erlöschen, sondern nur einige Zeit ruhen, und mit doppelter Kraft erwachen, so bald sie mit neuen Vermuthungen verbunden werden. Kleinschrod a. a. O. §. 21. 22.

h) Kleinschrod a. a. O. §. 23. Boehmer ad C. C. C. Art. IX. §. 1. scheinet nur anderer Meinung zu seyn, ist es aber genauer betrachtet nicht.

i) Kleinschrod a. a. O. §. 24. Quistorp Rechtliches Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten bei vorhandenem genugsamem Verdacht zu verfahren sey, besonders an denjenigen Orten, wo die Tortur abgeschafft worden. Rostock 1774.

k) L. 25. C. de probat.. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. II. Tit. 24. §. 74. Meine Grundsätze rc. §. 365.

l) Sieh.

l) Sieh. Meine Grundsätze rc. §. 370. No. 4.

m) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 678.

§. 248.

Geständniß.

Der Begriff, der im bürgerlichen Prozeß vom Geständnisse gegeben wird, die allgemeinen Grundsäze die in Ansehung desselben gelten, die Eintheilung desselben in wahres und vermuthetes (a), ausdrükliches und stillschweigendes, gerichtliches und aussergerichtliches, bestimmtes und unbestimmtes, einfaches und qualificirtes finden auch hier Anwendung (b), und es ist daher nur noch das zu bemerken: I. Das Geständniß in peinlichen Sachen macht an sich und allein keinen vollständigen Beweis aus (c), sondern wenn auf dasselbe die Erkennung einer peinlichen Strafe sich soll gründen können; so wird erfordert: 1) daß das corpus delicti behörig in Richtigkeit sey (d). 2) Daß es vor dem zuständigen, behörig beseztem Gerichte abgeleget werde. (e). 3) Daß es rein, deutlich und nicht umwunden sey (f), noch auch auf Suggestionen sich gründe 4) Daß es, in so fern es durch Zwangsmittel rechtmäßig erpreßt worden, ausser der Marter, und wo der Inquisit von aller Furcht und von allem Zwange befreiet ist, bestätiget werde (g). 5) Daß es nicht in allgemeinen Ausdrüken, sondern bestimmt, mit Angabe aller, auch der kleinsten Umstände, die kein Unschuldiger sagen, noch wissen kann, gefaßt sey, und daß die angegebenen Umstände, wenigstens die Hauptumstände, die auf die Vollbringung des Verbrechens einen unmittelbaren Einfluß haben, und daher zur Entscheidung

dung dienen, entweder bei der vorhergehenden, oder doch darauf folgenden Untersuchung wahr befunden werden (h). 6) Eine förmliche Annahme des Geständnisses ist weder von Seiten des Richters, noch auch von Seiten des beleidigten Theils erforderlich, und so bald einmal der Inquisit die Hauptumstände, auf welche er schon verurtheilet werden kann, eingestanden hat, pfleget man sich bei denjenigen Umständen und Verbrechen, die er läugnet, nicht weiter zu verweilen, wenn solche nicht etwa eine geschärftere Strafe nach sich ziehen. 7) Aendert der Inquisit sein einmal abgelegtes Bekenntniß wieder ab; so verdienet das zulezt abgelegte vor dem ersten desto mehr Glauben, je weniger es den Zustand des Angeschuldigten verbessert, und je mehr es mit den schon auf andere Weise entdeckten Anzeigen und Umständen übereinstimmet. 8) Wenn nicht von einem auf widerrechtliche Art herausgebrachten, oder durch die Marter erpreßten Geständnisse die Rede, oder das Gegentheil hinreichend zu erweisen, oder doch wenigstens sehr wahrscheinlich zu machen ist; kann der blose Wiederruf die Wirkung eines einmal abgelegten Bekenntnisses unmöglich zernichten (i).

a) Das leztere nimmt man wegen der bewiesenen Halsstarrigkeit des Angeschuldigten bei dem angestellten Verhöre; wegen des freiwillig angebotenen Vergleichs; desgleichen wenn dem Vorgeben des Angeschuldigten, das er jedoch nicht beweisen kann, und wodurch er die begangene That zu beschönigen sucht, eine Rechtsvermuthung entgegen stehet, und endlich wenn einer bei dem öffentlichen Vorwurf, oder Anschuldigung begangener Verbrechen schweiget und sich nicht vertheidiget, an — Ein solches vermuthetes Geständniß kann zwar bei ganz geringen Vergehungen zuweilen die Wirkung eines völligen Beweises haben; aber in eigentlich pein-

peinlichen Fällen entstehet daraus nur eine bald mehr, bald weniger starke Anzeige. P. G. O. Art. 22. — Ueber die Lehre von Bekenntnissen überhaupt s. m. noch J. G. Heineccius Diss. de religione judicantium circa reorum confessiones (Opusc. Ex. 17.) — G. A. Kleinschrod Ueber das Geständniß als Beweismittel in peinl. Fällen. (In dem Archive B. IV. St. 4. n. 3. Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft. B. I. S. 3. S. 239.

b) Meine Grundsätze rc. §. 292. folg.

c) L. 1. §. 17. 27. D. de quæstion.

d) P. G. O. Art. 6. 20. 60. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 681.

e) P. G. O. Art. 46. 181. Ein aussergerichtliches Geständniß macht in eigentlich peinlichen Fällen nur einen halben Beweis aus. Bei geringen Vergehungen hingegen kann es zu Zuerkennung einer geringen Strafe zureichen. Koch Institut. jur. criminal. §. 817. Quistorp a. a. O. §. 682. Frid. de Graffen Diss. de confessione qualificata. Gœtting. 1769. Erford. 1783. Cap. II. §. 21.

f) P. G. O. Art. 60. Quistorp a. a. O. §. 683. 684.

g) P. G. O. Art. 53. 56.

h) P. G. O. Art. 54. 60. Boehmer ad C. C. C. Art. 54. Quistorp a. a. O. §. 685. 686. Graffen l. c. §. 20.

i) P. G. O. Art. 57. Quistorp a. a. O. §. 687.

§. 249.

Fortsetzung.

II. Das qualificirte Geständniß ist in so weit nach den in dem bürgerlichen Prozeß geltenden Grundsätzen (a) zu beurtheilen, als nicht die Natur der Verbrechen, als absolut verbotener Handlungen, andere Bestim-

stimmungen nothwendig macht. Wenn nämlich nicht für die dem Bekenntnisse angehängte Limitation eine besondere Vemuthung streitet (b); so kann, weil nun schon einmal eine unerlaubte That eingestanden worden ist, das Geständniß getheilet, das Verbrechen nämlich für bekannt angenommen, und der Beweis der angehängten Limitation erwartet werden (c). Bringt nun der Inquisit diesen ihm obliegenden Beweis wirklich bei; so hänget es einzig und allein von der Art und Beschaffenheit der dargethanen Limitation ab, ob eine gänzliche Straflosigkeit, oder nur eine Milderung der Strafe eintritt. Kann hingegen derselbe mit seinem Beweise nicht aufkommen; so findet dessen ohngeachtet, wenn die Hauptumstände der That nicht auf andere Weise gehörig dargethan sind die ordentliche Strafe nicht statt, sondern es muß, wenn auch durch die nach der Natur des Falls anwendbaren Mittel die Wahrheit zu erforschen, nichts weiter herausgebracht wird, allenfalls auf eine ausserordentliche Strafe erkannt werden (d).

a) Meine Grundsätze rc. §. 297. 298.

b) Z. B. Ein der Blutschande Beschuldigter gestehet zwar die fleischliche Vermischung ein, läugnet aber gewußt zu haben, daß die Person, mit der er sich fleischlich vermischt, mit ihm in Blutsfreundschaft stehe. Hier ist, wenn die Verwandtschaft nicht notorisch ist, kein Grund vorhanden, aus dem eingestandenen Beischlafe auf die Wissenschaft der Blutsfreundschaft zu schliessen, es kann mithin das Geständniß nicht getheilet, sondern es muß entweder so wie es daliegt angenommen, oder der Beweis der Unrichtigkeit der angehängten Limitation geführet werden.

c) Z. B. Eine Weibsperson, die ihre Schwangerschaft verheimlicht, heimlich gebohren und die Geburt verborgen

gen hat, aber behauptet, sie habe nicht gewußt, daß sie schwanger sey, oder das Kind sey natürlichen Todes gestorben, muß die angehängte Limitation erweisen. P. G. O. Art. 131. Das nämliche Verhältniß tritt bei eingestandenem Todschlag und behaupteter Nothwehr ein. L. 1. C. ad L. Cornel. de sicar. P. G. O. Art. 161.

d) P. G. O. Art. 22. de Graffen Diss. cit. de confessione qualificata. Cap. II. §. 22. seq. Das Gegentheil behauptet Koch Institut. jur. criminal. §. 816. 818.

§. 250.

Beweis durch Zeugen.

Wenn hier von dem Beweise durch Zeugen die Rede ist; so wird nicht von der Zuläßigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen gehandelt (a), sondern nur folgende Bemerkungen, als eigentlich in den peinlichen Prozeß einschlagend, gehören hierher: 1) die Beweisartikel (b) entwirft der Richter, nimmt den Stoff zu denselben aus den bereits verhandelten Akten, besonders dem schon vorgenommenen summarischen Verhör, fasset sie so bestimmet als möglich, richtet sie vorzüglich auf das Verbrechen und die Hauptumstände desselben, die etwas zur Entscheidung beitragen, sie mögen dem Inquisiten nun nachtheilig, oder vortheilhaft seyn, bemühet sich mittelst derselben den Grund der Wissenschaft, ohne welchen kein Zeuge Glauben verdienet, zu erforschen, und leget die also entworfenen Artikel den versammelten Gerichte zu der allenfalls nöthigen Berichtigung vor. 2) Ueber zwekmäßige persönliche Fragstüke sind auch hier die Zeugen in jedem Falle zu vernehmen, und da Fragstüke überhaupt zur Vertheidigung deßjenigen, gegen den der Beweis geführet wird, ge-

gehören; so kann die Einreichung derselben dem Inquisiten nicht abgeschnitten werden, und wenn ihm der Weg zu der Uebergabe derselben entweder gar nicht geöffnet wird, oder die Zeugen über die überreichten zulässigen Fragstüke gar nicht verhöret werden; so ziehet das unmittelbar die Nichtigkeit des Verhörs nach sich, und es muß daher dasselbe wiederholet werden (d). 3) So wie in dem bürgerlichen Prozeß (e), so werden auch hier die Zeugen entweder unmitelbar, oder mittelbar mittelst der nöthigen Ersuchungsschreiben vorgeladen, billig jedoch giebt sich der Richter möglichste Mühe, sie alle zur Stelle zu bringen, und unmittelbar zu vernehmen, und daß wider die ungehorsamen Zeugen Zwangsmittel statt finden, wie auch daß alle Zeugen wegen des nöthigen Aufwandes Entschädigung verlangen könen, ist ausser Zweifel (f). 4) Beeidigen müssen sich alle Zeugen lassen (g). Dieß geschiehet in Anwesenheit des Inquisiten und seines allenfalls schon bestellten Sachwalters, und die Vernehmung selbst wird bei förmlich mit dem Richter, den Beisizern, und dem Gerichtsschreiber beseztem Gerichte (h), eben so wie in bürgerlichen Sachen auch, vorgenommen (i). 5) Gut ist es zwar, die Zeugen Aussagen in einen förmlichen Rotel zu bringen (k), aber nicht allgemein üblich, und die Eröffnung desselben (l), wie auch die Handlungen über die Kraft und Stärke des geführten Beweises (m) fallen in jedem Falle weg (n).

a) Sieh. unter andern hierüber: Leyser Spec. 283. Koch Institut. jur. criminal. §. 830 - 833. Claproth Einleitung in sämmtliche summar. Prozesse. §. 575. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 688 - 697. Kleinschrod de delatorum in causa criminali testimonio.

 Wirceb.

Wirceb. 1789. In dessen Abhandl. aus dem peinlichen Recht und Prozesse. B. I. n. 6. G. A. Wiesand de ætate ad jurandum in causa criminali idonea. Witteb. 1791. (in obs. jur. crim. sp. III.)

b) Meine Grundsätze rc. §. 277. folg.

c) Ebend. §. 287.

d) Ebend. §. 284. Koch l. c. §. 834. Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. VI. §. 4. Mevius P. II. Decis. 321. P. IV. Dec. 250. P. VI. Dec. 292. Leyser Spec. 560. M. 30. Quistorp a. a. O. §. 699. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 21. Boehmer ad C. C. C. Art. VIII. §. 4. Art. 71. §. 1. Hat der Angeschuldigte entweder noch keinen Sachwalter, oder begiebt sich dieser freiwillig der Beibringung förmlicher Fragstücke; so sind doch beide wenigstens darüber zu befragen, ob sie nicht etwas anzugeben wüßten, worüber die Zeugen ebenfalls zu vernehmen wären? ob sie etwa wider diesen, oder jenen Zeugen Einwendungen zu machen hätten? u. s. w.

e) Meine Grundsätze rc. §. 300. 303. 312.

f) Ebendaselbst §. 306. Koch l. c. §. 835-840 Claproth a. a. O. §. 577. Quistorp a. a. O. §. 701. 702. 703.

g) Meine Grundsätze rc. §. 310. Claproth a. a. O. §. 579.. Quistorp a. a. O. §. 699.

h) P. G. O. Art. 70. 71.

i) Meine Grundsätze rc. §. 311. Quistorp a. a. O. §. 704.

k) Meine Grundsätze rc. §. 387. 388.

l) Ebend. §. 389. folg. Dem Angeschuldigten und seinem Sachwalter muß jedoch auf Verlangen Einsicht und Abschrift desselben verstattet werden.

m) Meine Grundsätze rc. §. 394. folg. Der Inquisit ist jedoch seine Einreden gegen die Aussagen der Zeugen in einer besondern Defensionsschrift an- und auszuführen wohl berechtiget.

n)

n) Quistorp a. a. O. §. 700. Claproth a. a. O. §. 581. Boehmer l. c.

§. 251.

Beweis durch Urkunden.

Auch in peinlichen Fällen sind, so wie in bürgerchen Sachen (a), Urkunden ein tüchtiges zuläßiges Beweismittel (b). 1) Für die Richtigkeit und Wahrheit der öffentlichen Urkunden streitet eine rechtliche Vermuthung, die nur durch den Beweis des Gegentheils aus dem Wege geräumet werden kann (c). 2) Bei privat Urkunden hingegen muß die Thathandlung, daß dieselben von ihrem angeblichen Urheber entweder selbst wirklich, oder doch von einem andern, mit dessen Wissen und Willen geschrieben worden seyen, dargethan werden (d). Rekognoscirt freilich der Inquisit die Urkunde selbst; so fällt dieser Beweis als überflüßig weg, und solche anerkannte Urkunden machen gegen ihn einen vollständigen Beweis aus (e). Ist dieß aber der Fall nicht, es bezeugen hingegen zwei klaßische Zeugen aus eigener Erfahrung die Richtigkeit der Urkunde; so hat das die nämliche Wirkung, welche die freiwillige Anerkennung von Seiten des Inquisiten mit sich führet (f). Blose Vergleichung der Handschriften kann, wenn auch das Gutachten der Kunstverständigen für die Richtigkeit der Urkunde ausfällt, niemals einen vollständigen, sondern höchstens nur einen halben Beweis zu Wege bringen (g), und da eine eidliche Abläugnung von Seiten des Angeschuldigten durchaus nicht statt findet; so ergiebt sich von selbst, daß, wenn weder Beweis durch Zeugen geführet werden kann, noch Vergleichung der Handschriften statt

 findet,

findet, auch der Inquisit zu einer freiwilligen Anerkennung sich nicht verstehen will, die Größe des Verdachts nach der Stärke der mit eintretenden übrigen Anzeigen beurtheilet werden muß (h). 3) Die Urkunden beweisen entweder das Verbrechen unmittelbar, und machen daher das corpus delicti selbst aus, oder nicht. In dem ersten Fall kann, wenn die Richtigkeit derselben auf die eben angeführte Weise behörig dargethan ist, der Inquisit auch keine Einwendungen dagegen ausführet, ohne Anstand die Verurtheilung auf sie gegründet werden. In dem zweiten Fall hingegen, wo nämlich durch sie das Verbrechen nur mittelbar bewiesen wird, beziehen solche sich entweder auf ein noch zu begehendes, oder auf ein bereits vollbrachtes Verbrechen. Ist jenes; so kann unter den angegebenen Bestimmungen, das Vorhaben, das Verbrechen begehen zu wollen, als vollständig, oder als halb, oder als weniger als halb erwiesen angesehen werden. Ist hingegen das Leztere; so haben dergleichen Urkunden gewöhnlich die Wirkung eines aussergerichtlichen Geständnisses, das dann nach Beschaffenheit der Umstände bald als vollständig, bald als halb, bald als weniger als halb erwiesen angesehen werden muß (i). 4) Auch blose Anzeigen des Verbrechens können durch Urkunden bald vollständig, bald halb, bald weniger als halb erwiesen werden, und daß endlich 5) andere Instrumenten, als Urkunden eben so, bald zum Beweise des Verbrechens selbst, bald des Vorhabens dasselbe begehen zu wollen, bald einer Anzeige desselben gebrauchet werden können, ist ausser Zweifel (k).

a) Meine Grundsätze rc, §. 314. folg.

b) Wegen Mangels ausdrücklicher gesezlicher Vorschriften

ten behaupten einige Rechtsgelehrten das Gegentheil und sprechen wenigstens dann dem Beweise durch Urkunden alle Wirkung ab, wenn darauf die Verurtheilung des Angeschuldigten gebauet werden soll. Allein die Gesetze reden allgemein P. G. O. Art. 62. Kress ad h. a., und nach der Natur der Sache ist kein Grund vorhanden, aus welchem man die Urkunden verwerfen könnte. So viel indessen ist richtig, daß die Fälle sehr selten vorkommen, wo durch blose Instrumenten der Thäter eines Verbrechens, der sich weigert, solche zu rekognosciren, vollkommen überführet wird. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 707. Reinharth de eo, quod circa probationem delicti per documenta justum est. Erf. 1732. Kleinschrod Ueber den Beweis, durch Urkunden in peinl. Fällen. (In dem Archive B. V. St. II. n. 3.)

c) Meine Grundsätze ꝛc. §. 330.

d) Ebendaselbst.

e) Ebendaselbst §. 331 = 334. Quistorp a. a. O. §. 708.

f) Meine Grundsätze ꝛc. §. 339. 340.

g) Ebendaselbst §. 337. 338. 339.

h) Ebendaselbst §. 334 = 337. Quistorp a. a. O.

i) Quistorp a. a. O. §. 709. Koch Institut. jur. criminal. §. 824 - 828.

k) Koch l. c. §. 828. 829. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 582 = 587. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. VI. §. 5. 6. 7.

§. 252.

Beweis durch Anzeigen.

Von den Anzeigen, als dem lezten zuläßigen Beweismittel in peinlichen Sachen endlich, ist bereits oben das nöthige angeführet (a), und daß auch Einnehmung des Augenscheins (b), und Gutachten von Kunstver-

verständigen (c) in peinlichen Fällen nicht selten vorkommen, ist gelegenheitlich mehrmals schon bemerket worden (d).

a) Sieh. noch: Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 710-713. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 587.

b) Sieh. Meine Grundsätze etc. §. 342. folg.

c) Ebendaselbst §. 350. folg.

d) Sieh. noch Claproth Einleitung in sämtl. summar. Prozesse. §. 588. 589.

§. 253.

3). Konfrontation.

Sollten die Zeugen in ihren Aussagen sich widersprechen, oder der Inquisit zu einem Geständnisse nicht bewegt werden können so wird nach dem Gerichtsbrauche (a) vorerst zur Konfrontation, Gegeneinanderstellung geschritten. Diese aber ist diejenige gerichtliche Handlung, wo zwei Personen, die in ihren Aussagen über eine Thathandlung und die Umständen derselben nicht einig sind, in der Absicht, die Wahrheit herauszubringen, einander entgegen gestellt werden. Sie findet in drei Fällen statt: I. zwischen den Zeugen unter sich: II. zwischen den Zeugen und den Inquisiten: III. zwischen Mitschuldigen — Zu der Konfrontation der Zeugen unter sich schreitet man, da sie der Ehre ganz unnachtheilig ist, so oft als eine Verschiedenheit ihrer Aussagen in Haupt- oder erheblichen Nebenumständen sich ergiebt, und man hoffen kann, durch dieses Mittel den vorhandenen Widerspruch zu heben. Die Zeugen noch einmal zu beeidigen ist überflüßig, man erinnert sie vielmehr an ihren

ren bereits geleisteten Zeugeneid, und konfrontirt immer zwei und zwei auf die den Umständen angemessenste Art. Durch sie wird nun nicht selten das erzielet, daß entweder eine blos scheinbare Verschiedenheit sich zeigt, und die Aussagen beider sich vereinbaren lassen, oder daß ein Zeuge seine Aussage ändert, mit, oder ohne Angabe der Ursache der vorigen Verschiedenheit (b), oder daß endlich einer von beiden durch äussere Merkmale ein böses Gewissen verräth — Die Konfrontation zwischen den Zeugen und den Inquisiten ist alsdann unbedenklich, und häufig von gutem Nuzen, wenn der Inquisit die That bereits gestanden hat, nur mit andern Umständen, als die Zeugen sie angegeben haben. Dann hingegen, wenn der Angeschuldigte geradezu läugnet, ist sie um so bedenklicher, als 1), da die Zeugen dem läugnenden Inquisiten ihre Aussagen eröffnen, Suggestionen zu befürchten sind (c), 2) dadurch die Ehre des Konfrontirten Nachtheil zugefüget wird, 3) ausserdem noch durch Furcht und Mißtrauen leicht ein zweideutiges, Verdacht erregendes Betragen veranlaßt werden kann. Sorgfältig muß daher der Richter alle Umstände und Verhältnisse prüfen, und erwägen, ob nicht dadurch, daß er die Aussagen der Zeugen, entweder ganz oder zum Theil, dem Inquisiten blos vorliest, der nämliche Zwek besser und sicherer sich erreichen läßt (d) — Eben so hat die Konfrontation zwischen Mitschuldigen keine Bedenklichkeit, wenn beide gestehen, aber in Angabe der Umstände abweichen. Läugnet hingegen einer von ihnen, und der andere gestehet; so hat die Gegeneinanderstellung viele Bedenklichkeiten, denn 1) sie ist dem guten Namen des Konfrontirten, der von einem geständigen Verbrecher für mitschuldig erklärt worden ist, sehr

sehr nachtheilig, 2) Suggestionen sind gar sehr zu befürchten 3) auch Kollusionen nicht selten, indem der wirklich schuldige, aber läugnende Konfrontirte den andern durch sein beharrliches Läugnen, durch Mienen, oder Zeichen, und das Andenken an ihre vorige Bekanntschaft leicht bewegen kann, sich sein Geständniß reuen zu lassen, dasselbe zu wiederrufen, und nun selbst hartnäkig zu läugnen. Es muß daher der Richter, ehe er zu dieser Gegeneinanderstellung schreitet, alles sorgfältig prüfen, und überlegen, ob nicht auch hier Vorlesung der Aussagen des Helfers zwekmäßiger sey (e) — Die Folgen der Konfrontation in den beiden lezteren Fällen sind 1) bald Geständniß, dessen Kraft und Glaubwürdigkeit nach den oben angegebenen allgemeinen Grundsäzen zu beurtheilen ist; 2) bald Beharrlichkeit im Läugnen, wo dann wann dieses das ganze Faktum betrifft, der wider den Läugnenden vorhandene Grad des Beweises das weitere Verfahren bestimmen muß wann solches hingegen nur einen, oder den andern Umstand betrifft, sogleich bald auf die ordentliche, bald auf eine ausserordentliche Strafe erkannt werden kann; 3) Variation des schon vorher zum Geständniß gebrachten Konfrontirten, wo dann nach den Umständen zu beurtheilen ist, ob eine weitere Untersuchung nothwendig wird, oder die ordentliche, oder eine ausserordenliche Strafe statt findet; 4) bald Verdacht wider die Zeugen; 5) bald endlich Wiederruf des vorher geständigen Inquisiten, welcher fortgesezte strengere Untersuchung nothwendig zur Folge hat — Daß der Gerichtsschreiber alles, was bei der Gegeneinanderstellung vorgehet, sorgfältig aufzeichnen, und besonders auch auf die Gebärden, Gesichtszüge und das ganze äussere Betragen der gegen

gen einander gestellten Personen aufmerksam seyn muß, braucht kaum noch angemerket zu werden (f).

a) In den Gesetzen kommt von der Konfrontation nichts vor, und daß sie zum Wesen der Inquisition gehöre, lässet sich nicht behaupten. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. VII. §. 7. Koch Institut. jur. criminal. §. 844. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 713.

b) Ob und in wie ferne in diesem Fall die Glaubwürdigkeit des Zeugen Abbruch leidet, muß nach den Umständen beurtheilet werden.

c) In diesem Fall wird alsdann die Kraft des vielleicht bewirkten Geständnisses sehr gemindert, und diejenige der Zeugenaussagen eben nicht sehr vermehret.

d) G. A. Kleinschrod Ueber Suggestivfragen des Richters. Wirzburg 1787. §. 5. folg. Idem Diss. de restringendo confrontationum in causis criminalibus usu. Wirceb. 1788. §. 17 - 20.

e) Auch hierher gehören die in der vorhergehenden Note angeführten beiden Schriften, und Joh. Christ. Frölich von Frölichsburg Commentat. in Kaiser Karls V. und des heiligen R. R. peinliche H. G. O. Frankf. und Leipz 1733. B. II. Tit. 15.

f) Kleinschrod Diss. cit. de restringendo confrontationum in caussis criminalibus usu. §. 2 - 17. In dessen Abh. Thl. 1. n. 3. Koch l. c. §. 847 - 851. Quistorp a. a. O. §. 715 - 722. Claproth Einleitung in sämtliche summar. Prozesse. §. 516. 551. 580. Ludovici a. a. O. Kap. VII. Grolman a. a. O. §. 495 - 499.

§. 254.

Fortsetzung.

Daraus, daß die Konfrontation zwischen dem Inquisiten und dem Mitschuldigen, oder Zeugen jenem sehr nachtheilig ist, ergeben sich folgende Säze: 1) in

der Regel (a) findet dieselbe erst nach angestelltem Verhör über Inquisitional = oder Beweisartikel statt. 2) Gegen den Inquisiten muß wenigstens ein halber Beweis, den er zu entkräften nicht im Stande ist, vorhanden seyn. 3) An Wahrscheinlichkeit, durch dieselbe die Wahrheit besser erforschen zu können, darf es nicht fehlen 4) Ein eigentlich peinlicher Fall wird in der Regel (b) eben so, als 5) das vorausgesezet, daß der Angeschuldigte weder die peinliche Frage, noch die Territion überstanden, noch auch den Reinigungseid abgelegt hat. 6) Ist es nicht ganz ausser allem Zweifel, daß die Gegeneinanderstellung statt findet; so kann dem Angeschuldigten auf sein Verlangen die Vertheidigung zu Abwendung derselben nicht abgeschnitten werden, und ein Unterrichter, der noch einigermassen zweifelhaft ist, thut am besten, wenn er entweder seinen Oberrichter, oder in dessen Ermangelung ein Rechtskollegium fraget, weil er sich sonst leicht einer Injurienklage aussezen kann. Die Defensionsgründe übrigens ergeben sich aus den bisher aufgestellten Grundsäzen von selbst, so daß es überflüssig wäre, deßwegen noch etwas beizusezen (c).

a) Sieh. jedoch oben. §. 238.

b) Kann indessen auch bei geringen Vergehungen der Richter mit Grund vermuthen, daß durch eine angestellte Konfrontation die Wahrheit werde herausgebracht werden; so stehet ihm, besonders bei Personen von geringem Stande, allerdings frei, dieselbe vorzunehmen, und sie hat alsdann nichts nachtheiliges für den Konfrontirten.

c) Jo. Christ. Eschenbach Progr. de defensione pro avertenda confrontatione. Rost. 1784. verwirft die Vertheidigung zu Abwendung der Konfrontation in jedem Falle als überflüssig und unstatthaft.

haft. Sieh. noch Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 10. §. 39. 40.

§. 255.

4) Mittel, die Wahrheit herauszubringen.

Hat der Richter durch die bisher beschriebenen Bemühungen weder den Inquisiten zu einem Geständnisse bewegen, noch zu einem vollständigen Beweise gelangen können, hat auch der Angeschuldigte den wider ihn streitenden Verdacht zu entkräften nicht vermocht; so bleibet nun nichts mehr übrig, als zu einem Mittel, die Wahrheit herauszubringen, zu schreiten. Dahin gehören, die peinliche Frage, die Bedrohung derselben, der Reinigungseid.

§. 256.

Peinliche Frage.

Die peinliche Frage, scharfe Frage, Marter, Folter, Tortur (tortura, quæstio) ist diejenige gerichtliche Handlung, wo ein Zeuge (a), oder Inquisit mittelst dem Körper zugefügter Schmerzen angehalten wird, die Wahrheit zu gestehen. In ältern Zeiten galt sie nur in demjenigen Theile Teutschlands, welcher sich römische Rechtsgrundsäze gefallen ließ, auch vornehmlich blos in Ansehung der Leibeigenen, gegen die man ursprünglich auf das grausamste, nach Einführung der christlichen Religion aber menschlicher verfuhr b). Gegen Ende des Mittelalters hin, wo geistliche und weltliche Gesezgeber mit vereinten Kräften die Gottesurtheile abzuschaffen sich bemüthen, nahm man sie endlich mit dem in so großem Ansehen stehenden römischen Rechte allgemein auf, ohne jedoch dabei

dabei sich das zu denken, was die Römer dabei sich dachten, denn die Teutschen legten ihren Wunderglauben dabei zum Grunde, und das römische Recht mußte diesem zur Schuzwehre dienen. Indem man die Vorschriften dieses fremden Rechts befolgte, oder wenigstens zu befolgen scheinen wollte, gewann es das Ansehen, als wann die Härte und das Verwerfliche der Gottesurtheile durch dieses Mittel die Wahrheit zu erforschen, gemildert, oder hinweggenommen wäre — Auf diese Weise hat das Ansehen des römische Rechts und der Glaube der Teutschen an Ordalien fast gleichviel zu Einführung der Folter in Teutschlaud beigetragen (c) — Wären alle peinliche Gerichte so besezt, wie sie billig besezt seyn sollten, würden darneben die Vorschriften der peinlichen Gerichtsordnung nach ihrem ganzen Geiste und Zusammenhange genau befolget; so dürfte wohl die Geschichte weniger unglükliche Opfer der peinlichen Frage aufzuweisen haben, und diese selbst würde daher auch weniger heftige Gegner gefunden haben. So lange aber freilich jenes noch fromme Wünsche bleiben, darf allerdings die Marter nur mit der höchsten Fürsicht, und so selten als möglich ist, angewendet werden. Sie ganz abschaffen zu wollen, gehört, so lange Richter unr Verbrecher Menschen bleiben, auch in Ansehung der Zucht und Gefängnißhäuser nicht ganz andere Anstalten getroffen werden, zu den unausführbaren Vorschlägen einiger neuerer Reformatoren, und die Erfahrung lehret, daß in denjenigen Staaten, von welchen man rühmet, daß sie die Folter nicht mehr kennen, nur nicht die Daumenschrauben, die Beinstiefel u. s. w., wohl aber andere Zwangsmittel, die nicht weniger schmerzhaft und der Gesundheit häufig viel nachtheiliger sind, noch immer

ange=

angewendet werden — Hier müssen wir bei den Vorschriften der peinlichen Gerichtsordnung, und den durch die Bemühungen menschenfreundlicher Gelehrten aufgestellten, und durch den neueren Gerichtsbrauch bestätigten Grundsäzen stehen bleiben (d).

a) Sieh. oben §. 250.

b) Schon in mehreren alten Gesezbüchern der Teutschen geschiehet der Tortur ausdrückliche Erwähnung. Als in den salischen Gesetzen, Kap. 42. nach der Lindenbrog. Ausg., in den Gesetzen der Bojarier, Tit. 8. am Schlusse, der Westgothen Lib. VI. Tit. 1. Cap. 2 - 6. Lib. VII. Tit. 1. Cap. 1 - 5., in dem Edikte Königs Theodorich, Kap. 100-102. bei Lindenbrog. S. 255., und in einem Kapitulare Lib. VI. Cap. 41. nach der Lindenbrog. Samml. der Kapitul. Im mittleren deutschen Rechte finden sich keine Spuren der Folter, obgleich die sächsischen und schwäbischen Landrechte und das Kaiserrecht verschiedenes aus dem peinlichen Rechte enthalten, und die Ordalien und das Kampfrecht nicht mit Stillschweigen übergehen. Eben dieses gilt von den alten Statuten, die noch unvermischt sind, die neuern hingegen aus dem 14ten und 15ten Jahrhundert beweisen, daß mit dem zunehmenden Gebrauche des römischen Rechts auch der Gebrauch der Marter häufiger geworden ist, und zwar im 14ten Jahrhundert weniger, als im 16ten und den folgenden.

c) Carl Otto Graebe Disquisit. de origine torturæ in Germania. Rintel. 1785. Berlinische Monatsschrift. Jahrgang 1783. August, September. Jahrgang 1784. Januar. Februar. Mai. Joh. Frid. Reitemeier Diss. de origine et ratione quæstinonis per tormenta apud Græcos et Romanos. Gœtting. 1783. Ernst Christ. Westphal Die Tortur der Griechen und Römer, eine zusammenhängende Erklärung der davon redenden Gesetze. Leipzig 1785 Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 722. Schlözers Staatsanzeigen. Band XVIII. Heft 69. Dec. 1792. No. 12.

d) Von den fast zahllosen Schriften für und wider die Tortur führe ich nur folgende an: Gegen die Tortur sind: Jo. Graevius in tribunali reformato cum præfatione Jo. Ge. Pertschii Guelpherb. 1737. August. Nicolai Tr. an quæstione per tormenta criminum veritas elucescat? Arg. 1697. Jo. Christ. Thomasius Diss. de tortura ex foro Christianorum proscribenda. Hal. 1705. Schaller Diss. de tortura in christianorum republica non exercenda. Lips. 1742. Für die Tortur sind: Struben R. B. Thl. 2. B. 139. von Sonnenfels Ueber die Abschaffung der Tortur. Zürich 1775. Leyser Spec. 630. Frid. Gottl. Zoller Diss. utrum tortura penitus abroganda, an tantum limitanda videatur. Lips. 1772. Banniza Disquisit. de tortura nec ex integro reprobata nec ex integro approbata. Lips. 1774. Jo. Goez Diss. de tortura ejusque minis caute adhibend. Altorf. 1776. Jo. Christ. Woltaer Diss. quæ analecta de tortura sistit. Hal. 1783. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 723. Koch Institut. jur. criminal. §. 853. Vergl. L. 1. pr. §. 23. D. de quæst. L. 12. C. eod. Abhandlung über die Frage: Beleidigt die Peinigung die Gerechtigkeit, und führt sie zu dem Endzweck, auf den die Gesetze zielen? Bern 1785. Merkwürdige Rechtsfälle. Band I. Halle 1789. Jo. Warner Pelgrom Diss. de injustitia torturæ. Lugd. Batav. 1778. Mehrere Schriften über die Rechtlichkeit der Tortur findet man angeführt bei Gmelin Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. S. 397. vergl. auch Cäsars vierte Anmerk. zu Valaze's Entwurf eines Strafcodex.

§. 257.

Fortsetzung.

I. Die noch heut zu Tag üblichen gewöhnlichsten Torturinstrumente sind: der Daumennstok, oder die Daumenschrauben; die Beinstiefeln, oder Beinschraube, oder spanischen Stiefeln; die Leine, oder Schnüre; die

die Leiter mit, oder ohne gespükten Hasen; das meklenburgische Instrument; das bambergische Instrument, die mannheimer Bank. Längst schon hingegen sind ausser Uebung gekommen, der lüneburgisch Stuhl; der Halskragen; die pommersche Müze, oder Kranz; das doppelte spanische Fußband u. s. w. Heut zu Tage weiß man nichts mehr von gewissen Graden, sondern die Instrumente, mit welchen der Inquisit gepeiniget werden soll, pflegen in dem Urthel namentlich angegeben zu werden, und zur Ehre unserer Zeiten ist man von demjenigen Torturarten ganz abgekommen, die entweder dem Körper und der Gesundheit des Gefolterten unheilbaren Nachtheil bringen, oder durch namenlose Marter Schauer und Abscheu bei allen gebilden Menschen erregen (a). II. Bei solchen Leuten, bei welchen man eine deutliche Kenntniß der Wahrheit nicht annehmen kann, als bei rasenden, wahnsinnigen, melancholischen Personen, Taub- und Stumm gebohrnen, Unmündigen, fällt Tortur, weil ihr Zwek sich nicht erreichen lässet, ganz weg (b). Eben dieses ist der Fall bei alten, kranken, sehr schwächlichen Menschen, die ohne die augenscheinlichste Lebensgefahr nicht gefoltert werden können (c). Nicht Geburt hingegen, nicht Geschlecht, auch kein Stand befreien von der peinlichen Frage, und nur das ist üblich, daß bei solchen Personen von vornehmer Geburt, oder vornehmem Stande, ehe man zu derselben schreitet, die Einwilligung des Landesherrn eingeholet wird (d).

a) Koch Institut. jur. criminal. §. 863 - 866. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 609. 610. 611. Derselbe Zweiter Nachtrag zu der Sammlung gerichtlicher Akten. Enthält Auszüge aus zweien Untersuchungsakten wider Taub-

und Stumme, wie auch eine Beschreibung der Mannheimischen Torturbank, desgleichen des im preußischen erfundenen Troges. Mit einem Kupfer. Götting. 1791. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 724. 725. Petr. Im. Hartmann Diss. de medica tormentorum æstimatione. Helmst. 1762. Jod. Damhouderi Practica rerum criminalium. Venet. 1752. Cap. 27. Jak. Doeplers Theatrum pænarum, suppliciorum et executionum criminalium, oder Schauplaz der Leibes- und Lebensstrafen. Thl. I. Sondersh. 1693. Thl. II. Leipz. 1697. S. 279-313. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 28-37. — Bei Bestimmung der Torturarten muß man hauptsächlich auf das Herkommen eines jeden Landes sehen, denn es kann kein Richter eine Art der Tortur zuerkennen, die nicht in dem Lande gebräuchlich ist.

b) Quistorp a. a. O. §. 726. Leyser Spec. 632. M. 7. 8. 9. 10. 11. 13. 14. 15.

c) P. G. O. Art. 59. Der Richter muß hierbei ermessen, ob gar keine, oder nur gewisse Torturarten nicht statt finden. Jo. Sam. Frid. Boehmer Diss. de eo quod justum est circa torturam valetudinariorum. Hal. 1729. Struben R. B. Thl. III. B. 107. Ludovici a. a. O. §. 46. 47. Leyser l. c. M. 4. 5. 6. 11. Cor. 4. Quistorp a. a. O. §. 727. Werden die Akten verschikt; so ist es nothwendig, in einer besondern Registratur die körperliche Beschaffenheit des Inquisiten zu beschreiben, und jene sodann den Akten beizulegen.

d) So hat sehr billig der Gerichtsbrauch die Verordnungen des L. 11. 12. C. de quæstion. des L. 3. C. ad L. Jul. Maj. und L. 10. C. de dignitat. modificiret. Boehmer ad C. C. C. Art. 59. §. 2. Koch l. c. §. 858. Quistorp a. a. O. §. 728. Leyser l. c. M. 1. 2. 3. Cor. 5.

§. 258.

Fortsetzung.

III. Nur im höchsten Nothfalle, wenn auf keine andere Weise weder zum Geständnisse, noch zu einem vollständigen Beweise, oder aber zur Entdekung der Mitschuldigen zu gelangen ist, findet die peinliche Frage statt. (a) IV. Das corpus delicti wird jederzeit als behörig berichtigt vorausgesezt (b). V. Allein bei eigentlichen Kapitalverbrechen, worauf Todesstrafe stehet, kann die Folter eintreten (c), und die Meinung derjenigen, die solche auch bei denjenigen Verbrechen zulassen, auf welche nur eine schwere Leibesstrafe gesezet ist (d), ist allerdings deßwegen verwerflich, weil in diesem Falle das Mittel, die Wahrheit zu erforschen, wo nicht beschwerlicher, doch eben so beschwerlich, als die durch das Verbrechen verwürkte Strafe selbst ist. VI. Ein halber Beweis reichet zur Verhängung der Tortur nicht hin, sondern es muß ein Zusammenfluß von Umständen, und so großer Verdacht, und so viele Anzeigen eintreten, daß rechtlicher Art nach mehr als halber Beweis vorhanden ist (e) und daß in dem Fall, wo die für und wider den Angeschuldigten streitenden Vermuthungen einander das Gleichgewicht halten, oder wo doch die nachtheiligen Anzeigen auf verschiedene Weise, und auch zum Vortheile des Inquisiten erkläret werden können, von der scharfen Frage die Rede nicht seyn kann, sondern auf eidliche Reinigung, oder höchstens die Bedrohung mit der Marter, oder eine ausserordentliche Strafe erkannt werden muß, ist vor sich klar (f). VII. Die Größe der Marter muß mit der Größe des Verbrechens, und der Stärke des vorhandenen Verdachts jedesmal in ge-

 nauem

nauem Verhältnisse stehen VIII. Ein Richter, der oh- ne die gehörigen Erfordernisse zu beobachten, auf Tor- tur erkennt, handelt nicht nur nichtig, so daß das erpreßte Geständniß allzeit wiederrufen werden kann, sondern er sezet sich auch einer Klage auf Privatgenug- thuung aus (g). IX. Die Vertheidigung zu Abwendung, oder Milderung der peinlichen Frage gehöret zwar nicht zum Wesen des peinlichen Verfahrens, aber auf vor- gängiges Gesuch kann doch dieselbe, selbst wiederholt, nicht nur nicht abgeschlagen werden, sondern der Rich- ter bestellt, in der Regel, auch von Amtswegen einen Defensor (h), und die Defension findet sowohl vor, als nach gefällter Urthel, in welcher auf die Marter erkannt wird, statt (i). Die auszuführenden Ver- theidigungsgründe ergeben sich aus den bisher aufge- stellten Grundsäzen von selbst (k). X. Kein Unterrich- ter darf vor sich auf die Folter erkennen, sondern ist die zum Spruche reifen Akten an seinen Oberrichter, oder, in dessen Ermangelung, an ein Rechtskollegium einzusenden verbunden (l). Nur die dringendste Noth, die durchaus keinen Aufschub leidet, kann eine Aus- nahme rechtfertigen (m).

a) Bauer de modo tortura secundum leges habendo. Lipf. 1772. cp. 7. 10.

b) P. G. O. Art. 6. 20. 131. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 731.

c) P. G. O. Art. 8. Struben R. B. Thl III. B. 143. Schilter Exercitat. 49. Th. 166. seq. Quistorp a. a. O. §. 732. In diesem Falle pflegt man auf eine ausserordentliche Strafe zu erkennen. Leyser Spec. 630. M. 8. 12.

d) Dieser Meinung sind: Koch Institutiones jur. criminal. §. 856. Claproth Einleitung in sämt- liche

liche summarische Prozesse. §. 600. Boehmer ad C. C. C. Art. VIII. §. 2. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 4. Vergl. auch Paul Wilh. Scmidt Diss. de tortura in caussis civilibus et delictis levioribus regulariter exule. Jen. 1754. Leyser l. c. M. 12-18. Boehmer l. c. §. 3. Meister pr. jur. crim. §. 423.

e) P. G. O. Art. 22. 23. 25. 26. 27. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 37. 38. 39 40. 41. 42. 43. Koch l. c. §. 856. Quistorp a. a. O. §. 733.

f) P. G. O. Art. 6. 20. 42. Boehmer l. c. Art. 34. §. 1. Art. 148. §. 2. Krefs ad C. C. C. Art. 20. §. 3.

g) P. G. O. Art. 20. Boehmer ad h. Art. Quistorp a. a. O. §. 752. Leyser Spec. 630. M. 18. 19. Sieh. auch: Henr. Godofr. Bauer Pr. de effectu inficiationis sub tormentis in convicto. Lips. 1722.

h) P. G. O. Art. 13. 28. 33. 47.

i) Im Fall daher die Akten ohne geführte Defension versendet seyn, und erhebliche Vertheidigungsgründe aus denselben sich ergeben sollten; pflegt man in der Urthel, worin auf Tortur erkannt wird, dem Inquisiten die Defension auf den Fall vorzubehalten, wenn er sich derselben vor der Vollstreckung der Urthel noch bedienen wollte. Boehmer l. c. Art. 47. §. 1.

k) Koch l. c. §. 859. Claproth a. a. O. §. 594. 595.

l) An dasjenige Rechtskollegium, welches auf die Tortur einmal erkannt hat, dürfen die Akten, bei jetzo zum erstenmal, oder auch wiederholt geführter Defension nicht wieder versendet werden. Ludovici a. a. O. §. 15. Koch l. c. §. 861.

m) P. G. O. Art. 7. 28. 219. Leyser Spec. 631. M. 17. 18. 19. Quistorp a. a. O. §. 736.

§. 259.

Fortsetzung.

XI. Will man zu Vollstrekung des Urthels, in welchem auf die scharfe Frage erkannt ist, schreiten; so muß dasselbe vorher bei förmlich beseztem Gerichte dem Inquisiten behörig eröffnet werden. Den Grad der zuerkannten Tortur macht man jedoch diesem in keinem Falle, auch dann nicht, wann gleich auf alle gewöhnliche Grade gesprochen seyn sollte, bekannt, sondern liest die Urthel nicht weiter als bis auf die Worte — „so ist er dem Scharfrichter dergestalt zu übergeben" — vor (a). Diesem vorgängig ermahnet der Richter den Angeschuldigten nachdrüklich, die Wahrheit zu gestehen, läßt ihm noch einige Täge, wenigstens drei, zur Bedenkzeit (b), und sorget, wenn er nach den Umständen Nuzen davon sich versprechen kann, dafür, daß derselbe unterdessen von einem Geistlichen besuchet werde. Beharret aber dessen ohngeachtet der Inquisit beim Läugnen; so wird er an dem zur wirklichen Vornahme der Marter anberaumten Tage (c) vor beseztem Gerichte, unter nochmaliger zwekmäßiger Vorhaltung der wider ihn vorhandenen Anzeigen, abermals gütlich vernommen, bei fortdauerndem Läugnen dem Scharfrichter übergeben, der ihn dann in die Marterkammer (d), wohin auch der Richter, die Schöppen und der Gerichtsschreiber folgen, führet, ihm die vorhandenen Torturinstrumenten vorzeiget, und die Art, wie sie applicirt werden, erkläret. Kehret der Angeschuldigte sich hieran nicht; so wird dem Scharfrichter das Urthel nebst den Entscheidungsgründen, in welchen gewöhnlich der Grad der Tortur ausgedrukt ist, zum Durchlesen mit der Erinnerung zugestellt, seiner Pflichten eingedenk, die vorge-

geschriebene Peinlichkeit auf das genaueste zu vollziehen. Hierauf läßt dieser den zu Marternden entkleiden, an die Leiter, oder die Bank festbinden, die Torturinstrumenten anlegen, und die Peinigung auf die an dem Orte herkömmliche Weise vollziehen (e). Während der Marter lässet der Richter an Ermahnungen es nicht ermangeln, ohne jedoch nach der That selbst, und ihren Umständen besonders zu fragen (f), beobachtet das Betragen des Inquisiten sowohl, als dasjenige des Peinigers, hält den Zusammenlauf von Zuschauern, so viel möglich, ab, lässet die Peinigung nicht länger als eine Stunde dauern, und sorget überhaupt dafür, daß der Gepeinigte menschlich (?) behandelt wird. Dem Gerichtsschreiber liegt ob, alle Handlungen des Richters sowohl, als diejenigen des Gepeinigten und des Scharfrichters mit möglichster Genauigkeit und Umständlichkeit so zu verzeichnen, daß der künftige Referent die Handlung der peinlichen Frage mit allen Umständen sich ganz vergegenwärtigen kann — Erbietet der Gepeinigte sich zum Geständnisse; so lässet der Richter ohne Verzug Banden und Torturinstrumenten ihm abnehmen (g), den Scharfrichter und seine Helfer nebst allen Zuschauern weggehen, gönnet ihm eine mäßige Frist zur Erholung, leget ihm die im Urthel vorgeschriebenen Fragen, die durchaus nicht suggestiv seyn dürfen, nebst den allenfalls nothwendigen Zusäzen und Abänderungen (h) zur Beantwortung vor (i), sorget dafür, daß seine Antworten von dem Gerichtsschreiber genau niedergeschrieben, und ihm nachher wieder vorgelesen, werden, und läßt, wenn der Inquisit entweder gar nichts, oder doch nicht alle Hauptumstände der That, ohne deren zugestandene, oder erwiesene Richtigkeit kein Endurthel gefällt werden kann, gestehet,

die

die Peinigung fortsezen, so jedoch, daß diese, die Zeit ihrer Aussezung abgerechnet, nie über eine Stunde dauern darf (k).

a) Koch Institut. jur. crim. §. 866. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 10. Quistorp Grundsäze des deutschen peinlichen Rechts. §. 737.

b) Bequemet sich der Inquisit nach geschehener Vermahnung, oder während der Bedenkzeit zum Geständnisse; so wird er nicht nur über die bei der Urthel befindlichen Torturfragen, sondern vollständig, und auch über die kleinsten Umstände, die kein Unschuldiger wissen kann, vernommen. P. G. O. Art. 53. Auch muß er ein solches Geständniß nach dreien Tagen wiederholen, weil dasselbe doch durch Drohungen herausgebracht worden ist. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 602. 603.

c) Gewöhnlich wählet man frühe Morgens, oder späte Abendszeit, um das Zudringen der Leute zu verhüten.

d) Ist keine besondere Marterkammer vorhanden; so kann die peinliche Frage ohne Bedenken auch in der gewöhnlichen Gerichtsstube vollzogen werden.

e) Claproth a. a. O. §. 604 = 607. §. 609 = 612. Christ. Ulr. Grupen Observat. jur. criminal. de adplicatione tormentorum. Hanov. 1754.

f) P. G. O. Art. 58. Krefs ad h. Art. Ferd. Aug. Hommel Diss. de reo sub tormentis specialiter non interrogando. Lipf. 1754.

g) P. G. O. Art. 58. Abrah. Kaestner Diss. de tortura remittenda, si delinquens confiteri velit. Lipf. 1739. Ausser diesem Fall, und wenn nicht etwa sonst ein anderer unabwendbarer Zufall das Aussetzen nothwendig macht, darf der Richter für sich die Tortur nie theilen, und solche erst in verschiedenen Tagen zu Ende bringen.

h)

h) Leyser Spec. 631. M. 9. 10. 11. 12.

i) P. G. O. Art. 48. 50 51. 52. 56.

k) Ueberhaupt gehören noch hierher; Quistorp a. a. O. §. 738-742. Claproth a. a. O. §. 612. Koch l. c. §. 867-875. Ludovici a. a. O. §. 16-28. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Buch III. Hauptst. 10. §. 50-56.

§. 260.

Fortsetzung.

XII. Ein bloses durch die Marter erpreßtes Ja! verdienet keine Rücksicht, sondern wenn auf das gethane Geständniß die Erkennuug einer peinlichen Strafe gebauet werden soll; so muß dasselbe alle oben angegebene Eigenschaften an sich tragen, und die Geseze machen es dem Richter vorzüglich zur Pflicht, eine sorgfältige Untersuchung anzustellen, ob er mit Grunde der Aussage des Inquisiten trauen könne, und ob diese mit den schon beigebrachten, oder jezo erst beizubringenden Beweisen übereinstimme (a). Ergiebt sich, daß die von dem Inquisiten angegebenen Hauptumstände falsch sind; so wird die Marter wiederholet (b). XIII. Aber auch das umständlichste unter der Marter, oder auch blosen Bedrohung derselben abgelegte Geständniß reichet zur Verurtheilung nicht hin, wenn es nicht nachher, frei von Furcht und Zwang wiederholt und bestätiget wird (c). Nach zweien nämlich, dreien, oder auch, nach Befinden der Umstände mehreren Tagen (d) lässet der Richter den Inquisiten an die gewöhnliche Gerichtsstelle, wo weder der Scharfrichter, noch die Torturinstrumente mehr befindlich seyn dürfen (e), führen, ihm die unter der Marter gemachten Fragen und darauf ertheilten Antworten,

in Gegenwart der Schöppen, von dem Gerichtsschreiber vorlesen, und verlanget eine deutliche und unumwundene Bestätigung, oder doch gegründete Berichtigungen und Zusäze (f). XIV. Läugnet der Inquisit bei diesem Verhör, welches die Urgicht genannt zu werden pfleget, die eingestandenen Verbrechen, oder wenigstens, das schwerste derselben wieder ab, und kann rechtmäßige Ursachen des Wiederrufs behörig darthun (g); so wird die Peinigung nicht wiederholet, sondern er freigesprochen (h). Zu solchen rechtmäßigen Ursachen aber zählet man: 1) wenn der Inquisit das Gegentheil von dem, was er bekannt hat, beweisen kann: 2.) wenn der Richter, der ihn gepeinigt hat, entweder nicht der zuständige, oder aber ohne genugsame, gegründete Anzeigen zur Marter geschritten ist, oder die ihm vorgeschriebenen Gränzen bei der Peinigung überschritten hat; 3) wenn das Geständniß auf unzuläßige Suggestionen sich gründet, oder durch verschraubte, verfängliche Fragen, oder andere unerlaubte Mittel erhascht worden ist (i). XV. Kann hingegen der Inquisit den Wiederruf seines Geständnisses durch solche rechtmäßige behörig dargethane Ursachen nicht rechtfertigen; so wird, nach eingereichter neuer Vertheidigung (k), und eingeholter neuer Urthel, die Tortur wiederholet (l). Man fängt hierbei mit dem ersten Grad wieder an, und pfleget, wenn nicht neue Anzeigen sich ergeben haben, weder die zuerst zuerkannte Marter zu schärfen, noch auch auf härtere Grade zu erkennen (m). XVI. Sollte der Inquisit sein bei der Wiederholung der Peinigung abermals gethanes Geständniß nochmals wiederrufen; so schreitet man, unter den nämlichen Voraussezungen wie bei der ersten, auch zu der Zweiten Wiederholung. Die dritte hingegen ist nicht zuläßig, sondern

dern statt derselben wird auf eine ausserordentliche, den Umständen angemessene Strafe erkannt (n). XVII. Widerruft der peinlich Beklagte auch sein in der Urgicht ratificirtes Geständniß; so kann die verwirkte Strafe nicht vollzogen, sondern es muß eben so wie in den vorhergehenden Fällen des Wiederrufs, zur Wiederholung der Peinigung geschritten werden (o).

a) P. G. O. Art. 20. 54. 60. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 743. Jo. Chr. Koch In wie fern dem durch die Marter, oder Bedräuung derselben, erpreßten und nachher vom Inquisiten ratificirten Bekenntniß zu glauben sey, daß man denselben darauf verurtheilen könne? Giessen 1754. (Stehet auch in Siebenkees Magazin. Thl. II. S. 326.

b) P. G. O. Art. 55. Claproth Einl. in sämtliche summarische Prozesse. §. 614. Koch Institut. jur. criminal. §. 877.

c) P. G. O. Art. 48. 56. 100. Leyser Spec. 638. M 14. 15. Ferd. Aug. Hommel Diss. de ratificatione confessionis per tormenta extortæ. Lips. 1739.

d) P. G. O. Art. 56. Von den verschiedenen Meinungen der Gelehrten hierüber sieh. Koch l. c. §. 878. Quistorp a. a. O. §. 742. Boehmer ad C. C. C. Art. 56.

e) P. G. O. Art. 56.

f) Claproth a. a. O. §. 615.

g) Können die angeführten rechtmäßigen Ursachen des Widerrufs zwar nicht bewiesen, aber doch wahrscheinlich gemacht werden; so pfleget man die Tortur nicht zu wiederholen, sondern den Inquisiten sofort ausserordentlich zu bestrafen.

h) P. G. O. Art. 20. 67.

i) Quistorp a. a. O. §. 744. Koch l. c. §. 881.

k) Sollte jedoch der Inquisit die neue Vertheidigung nicht besonders verlangen; so können auch ohne vorgängige Vertheidigung die Akten versendet werden.

l) P. G. O. Art. 57.

m) Quistorp a. a. O. §. 745. Koch l. c. §. 882.

n) Quistorp a. a. O. §. 746. Koch l. c. §. 882.

o) P. G. O. Art. 57. 91. Struben R. B. Thl. III. B. 27. 82. Thl. V. B. 144. Leyser Spec. 639. Quistorp a. a. O. §. 747. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 42-45. Koch l. c. § 885. Claproth a. a. O. §. 616. Jo. Frid. Falckner Tr. de eo quod justum est circa inquisitum variantem. Lipl. 1729. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 10. §. 56-62.

§. 261.

Fortsetzung.

XVIII. Hat der Inquisit, ohne ein Geständniß abzulegen, die Tortur überstanden; so ist er nun gänzlich und endlich loßzusprechen, alle wieder ihn vorhanden gewesenen Anzeigen erlöschen, und können weder einzeln noch zusammen genommen, je wieder gegen ihn gebrauchet werden, er ist in alle seine Rechte wieder einzusezen, und in die Untersuchungskosten nur dann zu verdammen, wenn er durch unerlaubte Handlungen Anlaß zu dem Verdacht gegeben hat (a). Als Ausnahme von der Regel kann er jedoch zuweilen relegirt, oder in Verhaft gebracht werden; demjenigen auch, welchem eine Klage auf Schadensersaz, oder die Erhaltung anderer bürgerlichen Rechte zusteht, wird durch die ausgestandene Tortur an seinen Befugnissen nichts benommen (b); eben so ist, wenn in der Folge neue genug=

genugsame Anzeigen sich ergeben, die Untersuchung, auch wohl Peinigung von neuem wieder anzufangen, und daß derjenige, der die Tortur ausgehalten und nichts gestanden hat, in der Folge aber freiwillig ein gültiges Geständniß ableget, doch noch verdammt werden kann, leidet keinen Zweifel (c).

a) P. G. O. Art. 61.

b) L. 4. C. de ord. judic. L. un. C. quomod. civil. act. crimin. præjud. c. 12. x. de præsumt.

c) Leyser Spec. 640. Boehmer ad C. C. C. Art. 61. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 848-853. Koch Institut. jur. crim. §. 875. 876. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 41. Jo. Florent. Rivini Diss. de effectu confessionis superatis tormentis sponte factæ. Lips. 1739. Frid. Gottl. Zoller Pr. an ob spontaneam delinquentis, post tormenta superata, confessionem pœna ordinaria locum habeat? Lips. 1769.

§. 262.

Bedrohung der peinlichen Frage.

Die Bedrohung der peinlichen Frage (territio), als das zweite Mittel die Wahrheit herauszubringen, unterscheidet sich von der Tortur selbst dadurch, daß bei ihr zwar Anstalten zur förmlichen Marter gemacht, dem Körper aber keine wirkliche Schmerzen zugefügt werden. Läßt man es dabei bewenden, daß dem Inquisiten die Torturinstrumenten, unter Beschreibung ihrer schreklichen Wirkungen von dem Scharfrichter blos vorgezeigt werden; so heist das — wörtliche Bedrohung (territio verbalis) — Schreitet man hingegen zur wirklichen Entkleidung

des

des peinlichen Beklagten, leget ihm auch, ohne ihm jedoch Schmerzen zuzufügen, die Marterinstrumenten wirklich an; so wird dieß — die thätliche Bedrohung (territio realis) — genannt — Alles nun, was von den, der wirklichen Peinigung vorangehenden, dieselbe begleitenden und 'auf dieselbe folgenden Handlungen in dem vorhergehenden angeführet worden ist, leidet auch hier, in so ferne die Natur der Sache selbst nichts ändert, seine volle Anwendung, und der Richter muß billig dafür sorgen, daß die ganze Einrichtung so getroffen werde, der Scharfrichter mit seinen Helfern sich auch so betrage, daß der Inquisit sehr geschrekt, und immer in der Furcht, es werde zur wirklichen Peinigung kommen, erhalten werde — Nur dann übrigens darf man zur Bedrohung der scharfen Frage schreiten, wenn 1) ein peinlicher Fall vorhanden, 2) das corpus delicti behörig in Richtigkeit ist, und 3) es entweder an den zur Tortur erforderlichen Anzeigen mangelt, oder wegen eines zu befürchtenden Meineides auf den Reinigungseid nicht erkannt werden kann. Ob aber auf thätliche, oder blos wörtliche Territi n zu erkennen sey, hat der Richter nach den Umständen zu bestimmen, und muß hierbei auf die Stärke der vorhandenen Anzeigen, und auf die für den Inquisiten streitenden Gründe Rükficht nehmen (a).

a) Christ. Perner Diss. de territione. Giss. 1669. Jo. Heinr. Meyffarth Diss. de differentia torturæ et territionis. Giss. 1707. Koch Institut. jur. criminal. §. 886 - 889. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 753. 754. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 607. 608. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 29. 30. 31. 48 49. 50. Sieh. noch: Jul. Fried. Malblank Geschichte der pein-

peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weitern Schiksalen bis auf unsere Zeit. Nürnberg 1783. S. 162. folg.

§. 263.

Reinigungseid.

Das lezte Mittel endlich, die Wahrheit herauszubringen, ist der **Reinigungseid** (tortura spiritualis, purgatio canonica, juramentum purgatorium) (a). 1) Nach der peinlichen Gerichtsordnung (b) werden sogar Unmündige zu demselben zugelassen, der Gerichtsbrauch aber schließt solche, die nicht wenigstens das vierzehnte Jahr zurükgelegt haben, davon aus (c). 2) Die Ableistung desselben hat für den guten Ruf deßjenigen, der ihn schwöret, nachtheilige Folgen, es wird daher die Vertheidigung zu Abwendung desselben nicht leicht abgeschnitten. 3) Bei geringen Vergehungen pfleget man, wenn genugsamer Verdacht vorhanden ist, lieber auf eine ausserordentliche Strafe, als auf den Reinigungseid zu erkennen. Bei eigentlich peinlichen Fällen aber kann derselbe als ein so gefährliches, bedenkliches Beweismittel, nur dann eintreten, wann weder die peinliche Frage, noch die Bedrohung derselben statt findet, und der Angeschuldigte eine solche Person ist, die wegen ihres Standes und der guten Zeugnisse ihres bisherigen Lebenswandels die Vermuthung für sich hat. Sonsten erkennet man, nach Beschaffenheit der eintretenden Umstände, auf eine ausserordenliche Strafe, oder, nach geleisteter Sicherheit sich allezeit vor Gericht stellen zu wollen, auf Entbindung von der Instanz (d). 4) Ist nun auf den Reinigungseid erkannt; so ist es üblich, vor dessen wirklicher Abnehmung dem Angeschuldigten einige Tage Bedenk-

denkzeit zu lassen, in dem zur Abschwörung anberaumten Termine selbst aber, eine nachdrükliche Verwarnung vor dem Meineide vorangehen zu lassen, und zu diesem Behufe einen, oder einige Geistlichen zuzuziehen, auch, um den Eindruk bei dem Schwörenden zu erhöhen, manche Feierlichkeiten zu beobachten (e), bei welchen man sich jedoch nach dem Herkommen des Gerichts erkundigen muß, indem der Inquisit mit Grunde sich beschweret, wenn ungewöhnliche Förmlichkeiten gebrauchet werden (f). 5) Die Eidesformel ist zwekmäßig abzufassen (g), nur auf das angeschuldigte Verbrechen und die abgeläugneten Hauptumstände desselben einzuschränken, und in dem Urthel, in welchem auf den Reinigungseid erkannt wird, bestimmt man nicht leicht zum voraus, wie es zu halten, wenn der Angeschuldigte nicht schwören sollte (h). 6) Dem Gerichtsschreiber liegt ob, die ganze Handlung der Eidesleistung mit allen Umständen auf das genaueste zu verzeichnen, und besonders auch auf das Betragen des Schwörenden genau zu achten. 7.) Leistet der Inquisit den ihm zuerkannten Reinigungseid wirklich; so hat er sich zwar dadurch von allem Verdacht gereiniget, alle bisher vorhandenen Anzeigen sind erloschen, und er muß unbedingt freigesprochen werden; allein der Beweis des begangenen Meineides, und das Verfahren wegen neuer gegründeter Anzeigen wird doch dadurch nicht aufgehoben, und hat der angeschuldigte durch sein strafbares Benehmen, oder doch durch eigene Unvorsichtigkeit die Untersuchung veranlaßt; so wird er allerdings mit Recht zu Bezahlung der Kosten angehalten (i). 8) Verweigert hingegen der Inquisit den ihm zuerkannten Eid; so wird er, wenn von geringen Vergehungen die Rede ist, und er den vor-

vorhandenen Verdacht nicht abzulehnen vermag, für bekannt und überwiesen angenommen, und solchergestalt bestrafet (k. Ist aber von schweren Verbrechen die Frage; so will zwar die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten (l), daß die Tortur eintreten soll; allein besser und zweckmäßiger ist es, nach dem Vorschlage anderer Gelehrten (m), auf eine ausserordentliche Strafe zu erkennen.

a) Sieh. Meine Grundsätze rc. §. 362. 365.

b) Art. 164.

c) Hommel Rhapsod. Obs. 205. Wernher P. VII. Obs. 210. Boehmer ad C. C. C. Art. 164.

d) Bei einem solchen Freisprechen von der Instanz wird die Sache keineswegs für abgethan angesehen, sondern man verwahret vielmehr die verhandelten Akten sorgfältig, und hat auf das Betragen des Angeschuldigten genaue Acht, um bei sich ergebendem gegründetem Verdacht auf das neue wider ihn verfahren zu können. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 618. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 758. 759. Just. Hen. Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. V. Tit. 34 §. 27. 28. Jul. Frid. Malblanc Doctrina de jurejurando. Norimbergæ 1781. Lib. IV. Cap. IV. §. 108. seq. p. 459. G. Al. Kleinschrod Diss. de absolutione ab instantia in processu inquisitorio. Wirceburg. 1788. Christ. Ferd. Harpprecht Com. de absolutione ab instantia in civilibus et criminalibus. Tübing. 1747. Jo. Frid. Moegling Diss. de dimissione reorum sine sententia. Tübing. 1741. Boehmer ad C. C. C. Art. 99. Kress ad C. C. C. Art. 99.

e) Z. B. man leget die aufgeschlagene Bibel, und ein ausgezogenes Schwerdt auf den mit schwarzem Tuch bezogenen Tisch, zündet Lichter an, stellet dem Schwörenden

renden einen Todtenkopf vor Augen, öffnet die Fenster, und läßt auf der eröffneten Bibel den Eid abschwören u. s. w. Boehmer l. c. §. 26. Claproth a. a. O. §. 620. Vergl. Meine Grundsätze rc. §. 384.

f) Quistorp a. a. O. §. 760. Koch l. c. §. 890. Ludovici Einleitung in den peinlichen Prozeß. Kap. IX. §. 51.

g) Sieh. Meine Grundsätze rc. §. 373.

h) Claproth a. a. O. §. 619. Quistorp a. a. O. §. 761.

i) c. 8. x. de purgat. canon. P. G. O. Art. 61. Struben R. B. Thl. I. B. 61. Quistorp a. a. O. §. 763. Claproth a. a. O. §. 620. Koch l. c. §. 894.

k) Struben R. B. Thl. V. B. 61. Wernher P. IV. Obs. 204. Koch l. c. §. 894. Claproth a. a. O. §. 620.

l) Koch l. c. Claproth a. a. O.

m) c. 10. x. de purgat. canon. Struben R. B. Thl. V. B. 136. Just. Hen. Boehmer Diss. de usu juramenti purgatorii in criminalibus. §. 27. (in Exercitat. ad D. Tom. III. n. 48.) Quistorp a. a. O. §. 764.

§. 264.

5) Urthel.

Hat der Richter auf die bisher beschriebene Art alle Beweise für und wider den Inquisiten zusammengebracht; so bleibt nun, um die Sache zum Urthel zu instruiren, nichts mehr übrig, als zur Vertheidigung zu schreiten. Diese ist in eigentlich peinlichen Fällen so nothwendig, daß wenn der Inquisit derselben auch freiwillig sich begiebt, der Richter doch von Amtswegen

wegen einen Defensor bestellet, und Rechtskollegien pflegen, wenn von einem verdammenden Endurthel (a) die Frage, und noch keine Vertheidigung gefühˌret ist, die Akten ohne Urthel mit der Erinnerung zuˌrük zu schiken, daß der Richter vorher einen Defenˌsor bestellen solle (b) — die Vertheidigung selbst wird in diesem Falle entweder auf die Ausführung der völˌligen Unschuld (defensio pro deducenda plenaria innocentia), oder auf Milderung der Strafe (defensio pro mitiganda pœna) gerichtet. Die Vertheidigungsˌgründe aber sind Theils aus der Theorie des peinliˌchen Rechts, Theils aus den bisher aufgestellten Grundˌsäzen des peinlichen Prozesses herzunehmen, und daß der Vertheidiger, wenn er vor der Hauptvertheidigung neuen Defensionalbeweis noch führen will, mit diesem vorerst gehöret werden muß, leidet keinen Zweifel (c) — Hier jezo etwas von Urtheln in peinlichen Sachen überhaupt — I. Diejnige richterliche Entscheidung, die bei einem vorhandenen verbindlichen Geständnisse, oder rechtsgenüglichen Beweise entweder die Strafe des Angeschuldigten bestimmet, oder denselben freispricht, nennet man ein Endurthel, welches dann schon seiˌnem Begriffe nach entweder ein Verdammungsˌoder Entbindungsurthel ist. In dem lezteren Falle wird der Angeschuldigte entweder ganz frei geˌsprochen und für völlig unschuldig erkläret, oder es wird nur das weitere erkläret, oder es wird nur das weitere Verfahren wider ihn so lange ausgesezet, bis sich entˌweder mehrere Anzeigen ergeben, oder doch besserer Beˌweis entdeket wird. Das leztere Erkenntniß heist — Entbindung von der angestellten Untersuˌchung — (d). Bestimmet der Richter blos dasjenige, was zur Ordnung des Prozesses gehöret; so wird dieˌ

ses ein bloses Zwischenurthel (sententia interlocutoria mera): erkennet er hingegen auf ein Mittel zu Erforschung der Wahrheit; so wird dieses ein gemischtes Zwischenurthel (sententia interlocutoria mixta) genannt (e). II. Die peinliche Gerichtsordnung macht es zwar den peinlichen Richtern nirgends gerade zur Pflicht, die Akten an Rechtskollegien zu Einholung eines Urthels, auch unaufgefordert, von Amtswegen einzuschiken; allein durch einen veralteten Gerichtsbrauch ist es dann doch eingeführet, daß niedere Gerichte, die an keinen bestimmten Oberrichter gewiesen sind, in eigentlich peinlichen Fällen, wenn von Fällung eines Endurthels, oder Anordnung eines Mittels, die Wahrheit herauszubringen, die Rede ist, nie selbst sprechen, sondern die Akten allzeit an ein Rechtskollegium, gegen das der Angeschuldigte nicht protestiret, und das auch über den Punkt, von welchem gerade die Frage ist, noch nicht erkannt hat, versenden (f). III. Von der Versendung der Akten selbst, wie auch der Abfassung des Urthels hier noch etwas anzuführen, würde überflüßig seyn (g). IV) Das eingegangene Urthel ist der Richter eigenmächtiger Weise abzuändern in keinem Falle befugt, sondern nur berechtiget dasselbe, wenn er es den verhandelten Akten zuwider, oder auf falsche Entscheidungsgründe gebauet achtet, an seinen Oberen einzusenden, und von diesem weitere Verhaltungsbefehle sich zu erbitten (h). V. In vielen Ländern ist verordnet, daß alle und jede in peinlichen Sachen eingeholten Urtheile, ehe sie vollstreket werden, an die Landesregierung zur Bestätigung, oder allenfalsigen Abänderung eingesendet werden müssen; aber auch ausser diesem Fall ist eine solche Einsendung jedesmal nöthig, so oft auch die peinliche Frage, oder eine Lebens-

oder

oder schwere Leibes = oder andere dieser gleich geachtete Strafe, z. B. auf Vestungsbau. Landesverweisung, Zucht= und Spinnhaus=kurz, so oft auf eine solche Strafe, deren Folgen hauptsächlich von der Bewilligung des Landesherrn abhängen, erkannt ist (i). VI. Ein Entbindungsurthel, wie auch ein Verdammungsurthel, in welchem nur auf eine Leibesstrafe erkannt wird, wird dem angeschuldigten sogleich eröffnet. Von dem Verdammungsurthel hingegen, das ein Todesurthel ist, giebt der Richter demselben, vorerst nur dem wesentlichen Inhalte nach entweder selbst, oder durch einen Gerichtsbedienten, oder durch einen Geistlichen (k) Nachricht, und schreitet, gewöhnlich erst nach dreien Tagen (l), zur förmlichen Eröffnung und Vollstrekung. Der Grund hiervon ist, damit der Verdammte nicht nur überlegen könne, ob es nicht möglich sey, die Strafe von sich abzuwenden, sondern damit er auch wegen seines Vermögens, oder sonstiger Verhältnisse die nöthigen Verfügungen treffen, und zum Tode sich vorbereiten könne (m).

a) Erhellet aus den Akten die völlige Unschuld des Angeschuldigten; so kann ein lossprechendes Endurthel sogleich ergehen, ohne daß es nöthig wäre, Vertheidigung vorher zu verlangen, oder abzuwarten.

b) Koch Institut. jur. criminal. §. 899. Schol. Krefs ad. C. C. C. Art. 47. §. 5. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 590.

c) Claproth a. a. O. §. 591. 592. 593.

d) Zwischen der Entbindung von der angestellten Untersuchung und der Loslassung ohne Urthel ist im Grunde kein Unterschied. Koch l. c. §. 901. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 776.

e) Quistorp a. a. O. §. 765. Koch l. c. §. 899. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. §. 216. 217. 218.

f) P. G. O. Art. 219. Vor allen Dingen muß man sich nach der Verfassung eines jeden Landes erkundigen. Christ. Frid. Ge. Meister Ausführliche Abhandlung des peinlichen Prozesses in Teutschland. Thl. V. S. 601. folg. Struben R. B. Thl. II. B. 112. Pufendorf Tom. II. Obſ. 69. Kreſs ad C. C. C. Art. 28. 57. Koch l. c. §. 904. 905. Quistorp a. a. O. §. 768. 769.

g) Sieh. Elsäßer Anhang zu Meinen Grundsätzen. Auch Meine Grundsätze ꝛc. §. 219. folg. Claproth Grundsätze von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsakten. Göttingen 1789. Hauptst. X. §. 187. folg. S. 279. Derselbe Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 596 = 600. Quistorp a. a. O. §. 770 = 773. Koch l. c. §. 906. 907.

h) Ferd. Aug. Hommel Diſſ. de cauta publicatione ſententiæ criminalis. Lipſ. 1741. §. 3. Chriſt. Thomaſius Diſſ. de judice ſententiam criminatem in cauſſis criminalibus ab actis removenle. Hal. 1709. Quistorp a. a. O. §. 773. Koch l. c. §. 900.

i) Quistorp a. a. O. §. 774. a. Koch l. c. §. 908.

k) Diese Benachrichtigung von dem Inhalte der Urthel nennt man — die Intimation der Urthel —

l) P. G. O. Art. 79. Vergl. Grolman a. a. O. §. 514 = 519.

m) Koch l. c. §. 908. Quistorp a. a. O. §. 774. b. §. 777. Ueberhaupt gehören noch hierher: Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. 10. §. 1 = 15. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1974 = 1978.

§. 265.

§. 265.

6) Rechtsmittel gegen das ergangene Urthel.

I. Ein in peinlichen Sachen ergangenes verdammendes Urthel wird zum Nachtheil des Kondemnirten nie rechtskräftig, und die Ausführung der Unschuld ist keiner Verjährung unterworfen (a). II. Ein unbedingtes Entbindungsurthel hingegen wird mit dem Augenblik seiner Eröffnung rechtskräftig, alle bisherige Beweise und Vermuthungen erlöschen, der Freigesprochene kann dasselbe als eine zerstörliche Schuzrede unter allen Umständen für sich anführen, er wird in alle seine Rechte wieder eingesezet, nach Befinden der Umstände wird ihm eine Ehrenerklärung und ein Zeugniß seiner Schuldlosigkeit unter gerichtlichem Siegel ertheilet, auch zuweilen der Regreß wider das Gericht, das die Untersuchung gehabt hat, besonders vorbehalten, um wegen der erlittenen Schmach, Schäden und Kosten auf Genugthuung klagen zu können (b). III. An die höchsten Reichsgerichte kann in peinlichen Fällen nicht appellirt werden (c), wohl aber findet die unheilbare Nichtigkeitsklage statt (d). IV. In der Reichsstände Landen muß man sich vorerst nach den besonderen Gesetzen und dem Herkommen erkundigen, in deren Ermangelung aber ist es Regel, daß zwar bei dem Anklage=, nicht aber dem Untersuchungsprozeß Berufung zugelassen wird. Neue Vertheidigung vertritt hier die Stelle der Rechtsmittel, und diese kann, auf vorgängiges Gesuch des Kondemnirten, wenn dieser nur einige scheinbare Ursachen anzuführen vermag, selbst zum dritten und viertenmale nicht abgeschnitten werden (e). V. Von denjenigen, die entweder nach ausgestandener Gefängniß= Zuchthaus= Festungsstrafe

los=

losgelassen; oder ohne vorgängige Strafe von der Untersuchung freigesprochen; oder aber relegirt werden, pfleget man nicht selten die eidliche Versicherung zu verlangen, daß sie eigenmächtiger Weise an dem Richter, dem Ankläger, den Zeugen, oder sonst jemand sich nicht rächen, und, wenn sie verwiesen sind, auch binnen der gesezten Zeit nicht zurückkehren wollen (f). Diese eidliche Versicherung heißt — Urphede (e) — und wenn gleich die Gesetze einige Fälle angeben, in welchen dieselbe geleistet werden soll (g; so ist doch dabei dem richterlichen Ermessen das meiste überlassen. Unmündige, Studenten, Blinde, wie auch solche, die nach dem mit ihnen angestellten summarischen Verhöre freigesprochen werden, pfleget man gewöhnlich zu Ableistung der Urphede nicht anzuhalten, und es findet dieselbe überhaupt dann nicht statt, wenn allen Umständen nach gar nicht zu besorgen ist, daß der Angeschuldigte nach seiner Freilassung an dem Richter, oder sonst, unerlaubter Weise Rache nehmen, oder sich der Urthel nicht gemäß bezeigen werde (h). VI. Daß endlich der Kondemnirte bei dem Landesherrn um Begnadigung, Milderung, oder Umänderung der Strafe bitten, und dem Richter um Restitution ex capite justitiæ angehen kann, ist ausser Zweifel (i).

a) Meine Grundsätze rc. §. 405. No. 3.

b) Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 775. Meine Grundsätze rc. §. 405. No. 3. und §. 24. — Die erhaltene Absolution stehet jedoch demjenigen nicht entgegen, der wegen eines gewissen Verbrechens blos civiliter klaget. L. 1. C. quando civil. act. crim. præjud.

c) Meine Grundsätze rc. §. 418. No. 1.

d) Ebend. §. 435. No. 4.

e) Ebend. §. 418. No. 1. Struben R. B. Thl. IV. B. 147. Mevius P. II. Decis. 272. P. VIII. Dec. 83. Gail Lib. I. Obs. 18. n. 28. Pufendorf Tom. I Obs. 152. Koch Institut. jur. criminal. §. 907-914. Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß. Kap. XI. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1978.

f) P. G. O. Art. 20. 108.

(*) Ueber den Ursprung dieses Wortes s. Boehmer ad Art. 108. §. 1. Walch in glossario voce: Urphede. Gundling diatribe ex jure feud. atque publ. de feudo vexilli. Halæ 1750. p. 150.

g) P. G. O. Art. 157. 161. 164.

h) Koch l. c. §. 915-923. Leyser Spec. 652. Quistorp a. a. O. §. 138 - 143. v. Bülows und Hagemanns prakt. Erörter. Thl. I. n. 49. In vielen Landen ist indessen die Urphede darum mit Recht ausser Gebrauch gekommen, weil es theils eine Beleidigung für rechtliche Bürger ist, sie ohne Eidesableistung künftiger illegalen Handlungen für verdächtig zu halten, theils es gegen die Würde des Staats läuft, in dem eidlichen Abgelöbnisse von Verbrechern Sicherheit zu suchen. Worte des königl. preussischen Rescripts, welches die Urphede aufhebt, bei Klein in den Annalen. Bd. XV. S. 359. s. Grolman a. a. O. §. 520.

i) Leyser Spec. 653. Joan. Adolph. Hugo Fridericus Leutin Diss. de restitutione ex capite justitiæ in caussis criminalibus. Erford. 1783. Quistorp a. a. O. §. 848. 849.

§. 266.

§. 266.

7) Vollstreckung des ergangenen Urthels.

I. Der Vollstreckung des ergangenen Urthels können mancherlei Hindernisse sich in den Weg stellen. 1) Wenn der Kondemnirte sein gethanes Geständniß, auf welchem die Verurtheilung beruhet, entweder in dem Gefängnisse, oder vor gehegtem peinlichem Halsgericht, oder auf dem Richtplaz widerruft; so wird die Exekution aufgeschoben, neue Vertheidigung gestattet, und Versendung der Akten veranstaltet. Bei dem sodann abzufassenden Erkenntnisse kommt alles darauf an, ob befriedigende Gründe des Widerrufs dargethan worden sind, oder nicht. In dem lezteren Falle pflegt gewöhnlich erkannt zu werden, daß die verwirkte und erkannte Strafe an dem Verurtheilten nunmehro wirklich zu vollziehen, und auf einen etwaigen nochmaligen ungegründeten Widerruf gar nicht mehr zu achten sey (a). 2) Ergiebt sich neuer Verdacht gegen den Kondemnirten, der zu keiner Todesstrafe verurtheilet ist (b), daß er noch schwerere Verbrechen begangen habe, als diejenigen sind, von welchen man bisher Wissenschaft gehabt; so ist es üblich, bis zu weiterer Aufklärung, der Vollstreckung Anstand zu geben. 3) Dem Kondemnirten gönnet man vor der Vollstreckung hinreichende Zeit, um seine Geschäfte in Ordnung bringen, und, wenn Todesstrafe zuerkannt ist, auf den Tod sich vorbereiten zu können (c). 4) Ist mit Grund bei der öffentlichen Vollziehung eines Todesurthels Aufruhr und Tumult zu befürchten; so kann die Vollstreckung desselben entweder aufgeschoben, oder als Ausnahme von der Regel (d), nach vorher ein

eingeholter Einwilligung des Landesherrn, heimlich vollzogen werden. 5) Bei schwangeren Personen wird die Vollstreckung der Lebens-, oder auch einigermassen schweren Leibesstrafen bis nach ihrer Entbindung, und noch etwa sechs Wochen nachher aufgeschoben. Eben so verhindern Krankheiten gewöhnlich die Vollziehung peinlicher Leibesstrafen, diejenige der Lebensstrafen hingegen nur dann, wenn sie den Gebrauch der sinnlichen Empfindungen, oder auch des Verstandes benehmen (e).

a) P. G. O. Art. 91. Boehmer ad C. C. C. Art. 91. Car. Frid. Walch Diss. de revocatione confessionis capite damnati in die ejus suppliciis destinato. Jen. 1783. Kress ad C. C. C. Art. 91. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 781. 782. — Gründet sich die Verurtheilung auf einen vorhandenen vollständigen Beweis; so ist, im Fall der Kondemnirte das Verbrechen läugnet, die Vollstreckung, mit Gestattung neuer Vertheidigung und Versendung der Akten, nur dann aufzuschieben, wenn einige neue, wenigstens Scheingründe angeführet werden, die gänzliche Lossprechung, oder doch Milderung der Strafe veranlassen könnten. Quistorp a. a. O. §. 783. Koch Institut. jur. criminal. §. 930. Not. *.

b) Ist auf Todesstrafe erkannt; so schreitet man zur Vollstreckung fort, wenn nicht etwas das Wohl des Staats, oder die Entdeckung der Mitschuldigen einen Aufschub nothwendig macht.

c) Will der Kondemnirte sich nicht bekehren; so wird ohne weiters zur Vollstreckung geschritten.

d) Josias Ludewig Ernst Püttmann Ueber die öffentliche Vollstreckung der Strafen. Ein Sendschreiben an Herrn Benjamin Rush. Leipzig 1792. S. 65. folg.

e)

e) Koch l. c. §. 928. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. X. §. 9 = 19.

§. 267.

Fortsetzung.

II. Stehet der Vollziehung der verwirkten und zuerkannten Strafe kein Hinderniß mehr im Wege; so werden 1) Leibesstrafen auf die den Gesetzen, dem Herkommen, der Natur des Verbrechens und dem Zweck der Strafe gemäße Art vollzogen. 2) Bei Lebensstrafen hingegen bringet man, nachdem dem Kondemnirten der Inhalt des Urthels im allgemeinen bekannt gemacht worden, diesen in einen leidlicheren Aufenthaltsort, entlediget ihn so viel möglich der allenfalls angelegten Banden, reichet ihm bessere Nahrung, und gestattet seinen Verwandten, Freunden und Bekannten den Zutritt. 3) Diesem vorgängig besorget der Richter alles zur Exekution nothwendige, bestellet nämlich den Scharfrichter und seine Gehülfen, lässet den Ort, wo die Vollstreckung geschehen soll, behörig zubereiten (a), und stellet nöthige Wache auf, um die Exekution zu decken, und Unordnungen zu verhüten (b). 4) Die Bestimmung des Tages der Vollstreckung ist dem richterlichen Ermessen überlassen, nur darf er, in der Regel, keine Fest- und Feier- wie auch nicht solche Tage wählen, die öffentlichen Freudensbezeugungen und Lustbarkeiten gewidmet sind, und gewöhnlich wird der Dienstag, oder Freitag gewählet (c). 5) Der wirklichen Exekution gehet noch heute an den meisten Orten die feierliche Hegung des sogenannten hochnothpeinlichen Halsgerichts voran, die dabei üblichen Feierlichkeiten aber sind nach dem verschiedenen Ortsherkommen

men sehr abweichend (d). Gewöhnlich begiebt sich der peinliche Richter mit dem Gerichtsschreiber und sieben oder acht Schöppen an den zu Haltung dieses Gerichts bestimmten Ort, nimmt hier mit diesen um die mit schwarzem Tuch behangene Tafel, auf welcher das Gerichtsschwerdt und der Stab liegen, Plaz, heget das peinliche Gericht förmlich, lässet den Kondemnirten vorführen, solchem die das wesentliche seines Verbrechens betreffenden Artikel vorlesen, und nachdem er diese bejahet, das Todesurtheil eröffnen, zerbricht hierauf den Stab, und übergiebt den Verurtheilten dem Scharfrichter, um an ihm zu vollziehen was Urthel und Recht mit sich bringet (e). 6) Darauf folget der Zug zu dem Richtplaz, wohin der zu Exequirende entweder gehet, oder entweder Schwächlichkeits halben, oder zu Vermehrung der Schande auf einem Karren, oder einer Schleife, oder einer Kühhaut gefahren wird. In jedem Falle aber muß der Richter ihn gegen alle Mißhandlungen der Begleitenden sichern, da derjenige, an dem man eine öffentliche Strafe vollziehet, unter dem vorzüglichen Schutze der Obrigkeit stehet. 7) Auf dem Richtplatze selbst sorget der Richter wieder für Erhaltung der Ordnung, wachet darüber, daß der Scharfrichter seiner Schuldigkeit ein Genüge leistet, und lässet, wenn gleich bei der Enthauptung der Hieb mißlingen, oder der Strick, woran einer gehangen werden soll, brechen sollte u. s. w. nichts destoweniger die Strafe sogleich und ohne allen Aufschub völlig zur Ausführung bringen (f). 8) Nach vollendeter Exekution fraget der Nachrichter den peinlichen Richter, ob er recht gerichtet habe? worauf dieser, nach Verschiedenheit der Umstände, seine Zufriedenheit, oder Mißbilligung zu erkennen giebt (g), auch dem Scharfrichter,

richter, auf Verlangen, ein förmliches, mit dem Gerichtssiegel bestärktes Attestat darüber ausstellet. 9) Die Leichname der Enthaupteten werden gewöhnlich auf dem Gerichtsplatze selbst, oder nicht weit davon in einem Sarge eingescharrt, die Gehängten hingegen bleiben gewöhnlich an dem Galgen hängen, die Geradbrechten flechtet man auf das Rad, und die Körper der Geviertheilten bleiben vor jedermanns Augen an den öffentlichen Landstraßen liegen. Die Landesherrn indessen machen hierüber nicht selten besondere Verfügungen, und erlauben entweder das Begraben der Leichname, oder gestatten die Auslieferung derselben an die Anatomien (h). 10) Ist der Kondemnirte flüchtig geworden, und kann auch nicht wieder zur Hand gebracht werden; so geschiehet die Vollstreckung der Strafe zuweilen im Bildnisse. Dieß geschiehet entweder durch sinnliche Vorstellung des Verbrechers, oder durch blose Aufzeichnung seines Namens auf eine Tafel, oder durch beides zugleich (i). Nur bei schweren Verbrechen findet diese Strafe statt, und selten schreitet man dazu. Gewöhnlich zählet man drei Arten von Verbrechen auf, wo sie anwendbar seyn soll, Hochverrath nämlich, Blasphemie und Ketzerei; allein heut zu Tage rechnet man auch noch gewöhnlich Zweikampf und militärische Desertion dahin. Ist übrigens die Strafe am Bildnisse vollstrecket, und wird man des Verbrechers nachher habhaft; so kann derselbe allerdings noch mit der wahren Strafe beleget werden, so jedoch, daß man ihm, auf Verlangen, zuvor eine abermalige Defension gestattet (k). 11) Ueberhaupt liegt zwar dem Richter allerdings ob, sich in Ansehung der bei öffentlicher Vollziehung der Todesstrafen zu beobachtenden Feierlichkeiten nach dem Ortsherkommen zu

richten,

richten; allein billig denkt er doch darauf, die ganze Handlung so einzurichten und zu vereinfachen, daß keinem Schwärmer der Lust wohl kommen kann, eines gleichen Todes zu sterben (l), und möchte doch die Verfahrungsart in allen Gerichten so seyn, daß die Strafe schnell genug auf das Verbrechen folget, damit dieses noch in frischem Andenken ruhe, und der Eindruck jener mithin nicht gemindert werde! (m).
12) Die Pflicht des Gerichtschreibers ist es, die ganze Handlung der Exekution mit allen derselben vorangehenden, dieselbe begleitenden, und auf dieselbe folgenden Umständen, Feierlich- und Förmlichkeiten auf das genaueste zu verzeichnen. Der Richter aber erstattet gewöhnlich über die geschehene Vollstreckung an seinen Oberen Bericht, und sehr heilsam ist es, wenn alle peinliche Strafen in die gedrukten öffentlichen Nachrichten, mit umständlicher Erzählung der begangenen Verbrechen, eingerückt werden.

a) Hier muß der Richter theils durch kluges Betragen, theils durch zweckmäßige Strenge die Schwierigkeiten, die die Handwerker nicht selten in den Weg legen, zu überwinden suchen. Bald legt er selbst zuerst Hand an das Werk, bald läßt er alle zu der Arbeit nöthigen, an dem Ort befindlichen Handwerker zusammen kommen, und sie entweder alle arbeiten, oder durch das Loos einige aus ihnen wählen. P. G. O. Art. 215. 216. 217.

b) Koch Institut. jur. criminal. §. 925 - 928. Claproth Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. §. 623 - 631. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 788 - 791.

c) Quistorp a. a. O. §. 791.

d) P. G. O. Art. 82 - 98. Ueber diese Solennitäten s. Carpzov Q. 136. C. F. Walch de ritibus

bus judiciorum criminal. in C. C. C. Art. 100. abrogatis. Jen. 1784. — Ausführliche Beschreibung der Hegung des hochnothpeinlichen Halsgerichts. Heilbr. und Leipz. 1798.

e) Claproth a. a. O. §. 631 = 634. Quistorp a. a. O. §. 792 = 796. Koch l. c. §. 929. 930. Pet. Mascov Discursus juridicus de clamore violentiæ, vulgo Zetter-Geschrey. Gryphiswald. 1674. C. A. Beck de solenni fractionis baculi ritu in exequenda Supplicii capitalis Sententia. Jen. 1751.

f) Quistorp a. a. O. §. 796. Koch l. c. §. 931. Der Scharfrichter, der absichtlich, oder doch aus unentschuldbarer Nachläßigkeit sein Amt schlecht vollziehet, verdienet schwere Strafe, die bald Landesverweisung, bald eine Geldstrafe, bald eine andere seyn kann. Claproth a. a. O. §. 634. 635. Ueber die Hinrichtungs-Solennitäten überhaupt vergl. Heil Judex & defensor. p. 459-486.

g) P. G. O. Art. 98.

h) Quistorp a. a. O. §. 797. 798. Koch l. c. §. 932.

i) Diese Strafe ist verschieden von der Vollstreckung an dem Leichnam des Verbrechers, der entweder gestorben ist, oder sich selbst entleibet hat. Koch l. c. §. 95. Auch Errichtung der Schandsäulen ist etwas anders. Dieß ist Denkmal begangener Verbrechen, nicht blose Vollstreckung.

k) Koch l. c. §. 97. a. §. 934. §. 960. a. 960. b. Car. Frid. de Winckler Pr. de executione pœnæ repræsentativa. Lips. 1787. Quistorp a. a. O. §. 93. 94. J. W. von Archenholz Geschichte des siebenjährigen Kriegs in Teutschland vom Jahr 1756. bis 1763. S. 242.

l) Ist es rathsam, Missethäter durch Geistliche vorbereiten, und zur Hinrichtung begleiten zu lassen? Berlin. Demler Der Prediger bei Delinquenten und Malefikanten. Jena 1775. Kap. 2. Ueber die Gewohnheit, Miss-

Missethäter durch Prediger begleiten zu lassen. Hamburg 1784.

m) C. Filangieri System der Gesezgebung. Thl. III. Kap. 24. Jos. Ludw. Ernst Püttmann Ueber die öffentliche Vollstreckung der peinlichen Strafen. Ein Sendschreiben an Herrn Benjamin Rush. Leipzig. 1792. S. 54. folg.

II.) Von dem Anklageprozeß.

§. 268.

Anklageprozeß.

Der Anklageprozeß hat das meiste mit dem ordentlichen bürgerlichen, vieles mit dem Untersuchungsprozeß gemein, und nur wenige Eigenheiten. Die lezteren sollen hier angegeben werden. I. Die Anklage wird entweder von dem öffentlich bestellten Ankläger, oder dem Fiskale erhoben, oder von einer Privatperson angestellet (a). Jener muß alsdann auftreten, wenn es an einem Privatankläger mangelt, und bei der Beurtheilung der Zuläßigkeit dieser hat der Richter nicht sowohl auf den Stand und das Geschlecht des Anklägers zu sehen, als vielmehr auf den Grund der Anklage, und das Leben und den Wandel der Person, von der sie herrühret, Rücksicht zu nehmen (b). Treten mehrere auf; so wählet der Richter aus ihnen den Tüchtigsten, oder befiehlt ihnen, ihre Sache durch einen gemeinschaftlichen Anwald zu betreiben (c), und heut zu Tage kann keine Privatperson mehr wider ihren Willen zur Anklage gezwungen werden (d). II. Der förmliche Anklageprozeß setzet einen eigentlich peinlichen Fall voraus, findet auch nur dann statt, wenn in

in dem Untersuchungsprozeß die Specialinquisition ohne Anstand verhänget werden könnte e), und da er für den Angeklagten eben so nachtheilige Folgen hat, als diese; so muß der Richter bei Annahme einer Anklage allerdings mit der höchsten Vorsicht zu Werk gehen, und sich sowohl die eigentliche Beschaffenheit des angeschuldigten Verbrechens bekannt machen, als auch untersuchen, ob der Grund der Anklage wo nicht bewiesen sey, doch wenigstens auf vieler Wahrscheinlichkeit beruhe (f). III. Privatankläger können, nach Befinden der Umstände, von dem Richter nicht nur zu Abschwörung des Eides für Gefährde angehalten werden (g), sondern sind auch, so lange sie den Grund der Anklage zu beweisen nicht vermögen, Sicherheit wegen Fortsetzung der Klage, der Beschimpfung, der Schäden und Kosten zu leisten verbunden. Wer diese Sicherheit nicht bestellen, auch mit dem Beweise des Grundes der Anklage nicht aufkommen kann, muß, bis eines, oder das andere geschiehet, einstweilen in das Gefängniß wandern (h).

a) P. G. O. Art. 214.

b) L. 1. 2. 3. D. de accusat. et inscript. L. 3. §. 2. D. ad L. Jul. de annon. Carpzov Qu. 104. n. 23. seq.

c) Idem l. c. n. 47. 48.

d) P. G. O. Art. 214. Kress ad C. C. C. Art. 214. Mevius P. V. Decis. 300. Brunnemann ad L. 1. D. de SCto. Silan. Wernher P. I. Obs. 156. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 8. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 800.

e)

e) P. G. O. Art. 11.

f) Krefs l. c. Art. 11. Quistorp a. a. O. §. 801.

g) Meine Grundsätze rc. §. 366.

h) P. G. O. Art. 12. 13. 14. 15. 181. Sicherheit wegen Fortsetzung der Klage muß jedoch der Ankläger in jedem Falle leisten. Sieh. den angeführten Art. 15. der P. G. O. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 9. §. 7. Oeffentliche Ankläger sind von der Sicherheitsleistung, in der Regel, frei. Quistorp a. a. O. §. 802. Schaumburg l. c. Koch Institut. jur. criminal. §. 939.

§. 269.

Fortsetzung.

IV. Das Klageschreiben wird hier, so wie im bürgerlichen Prozeß (a), förmlich abgefaßt, alle Umstände werden in demselben genau erzählet (b), es wird entweder schriftlich über=, oder mündlich zu Protokoll gegeben (c), und es darf an vielen Orten artikulirt seyn (d), brauchet auch kein bestimmtes Gesuch zu enthalten (e). V. Zu der Verhaftnehmung des Angeklagten wird unter den nämlichen Voraussetzungen geschritten, unter welchen solche auch in dem Untersuchungsprozesse statt findet. VI. Auf die erhobene Anklage muß der Angeklagte mündlich und in Person in dem Gerichte antworten, er kann hier alle verzögerlichen und zerstörlichen Einreden vorbringen, und da seine Erklärung die Stelle der Kriegsbefestigung vertritt; so muß dieselbe alle Eigenschaften dieser an sich tragen (f). VII. Befestiget der Angeklagte den Krieg verneinend, oder wird derselbe zur Strafe des Ungehorsams für verneinend befestiget erkläret (g); so lieget dem Anklä-

ger der Beweis seiner Behauptung ob, so wie es die Sache des Angeklagten ist, seine vorgeschützten Einreden behörig darzuthun. Von einer zerstörlichen Beweisfrist indessen weiß man auch hier nichts (h), und die Zuschiebung des Haupteides sowohl, als die Auflegung des Erfüllungseides fallen ganz weg (i). VIII. Kommt der Ankläger mit dem Beweise seiner Behauphauptung nicht auf, oder hat der Angeklagte diesen durch seinen geführten Gegenbeweis wieder entkräftet; so erfolget ein Entbindungsurthel. Bei einem vorhandenen unvollständigen Beweise hingegen erkennet der Richter auf ein Mittel die Wahrheit herauszubringen, so wie in dem Fall eines beigebrachten vollständigen Beweises ein Verdammungsurthel ergehet (k). IX. Von den Rechtsmitteln gegen das ergangene richterliche Erkenntniß ist bereits oben das nöthige bemerket worden, und der Ankläger darf von der Fortsetzung des Prozesses nur dann ablassen, wenn er seine Anklage unrichtig finden sollte, von deren Rechtmäßigkeit er vorhin aus genugsamen Gründen überzeuget war (l).

a) Meine Grundsätze ꝛc. §. 60. folg.

b) Dieß ist gerade in peinlichen Sachen am allerwichtigsten. Der Angeklagte ist daher auch die Angabe des Orts, des Tages und der Stunde zu verlangen berechtiget, wenn er vielleicht daher einen Vertheidigungsgrund nehmen kann. Gail Lib. I. Obs. 64. n. 11. Carpzov Qu. 106. n. 35. L. 3. pr. D. de accusat. et inscript.

c) Bei höheren Gerichten ist das erstere die Regel. P. G. O. Art. 89.

d) Meine Grundsätze ꝛc. §. 64.

e) Gail Lib. I. Obs. 61. n. 9. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 9.

Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 803. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1877. 1881. Vergl. Meine Grundsätze ꝛc. § 72. folg.

f) Ebendaselbst §. 173. folg. Quistorp a. a. O. §. 804. Schaumburg l. c. §. 10.

g) Meine Grundsätze ꝛc. §. 458.

h) P. G. O. Art. 186.

i) Quistorp a. a. O. §. 805. Koch Institut. jur. criminal. §. 942. Hofmann a. a. O. §. 1882.

k) Schaumburg l. c. §. 11. Hofmann a. a. O. §. 1883-1945.

l) Quistorp a. a. O. §. 806. In dem entgegen gesezten Fall, wenn nämlich der Ankläger zum Nachtheile und zur Beleidigung des Angeklagten von der erhobenen Klage abstehen sollte, ist dieser auf Genugthuung wegen der zugefügten Beleidigung, und auf Ersaz der erlittenen Schäden und Kosten zu dringen allerdings berechtiget. P. G. O. Art. 12. 201. — In dem einen Fall aber wie in dem andern bleibt deswegen das Verbrechen nicht ungerügt, sondern die Pflicht des Richters ist es, nunmehro von Amtswegen wider den Angeklagten zu verfahren. Vergl. noch Quistorp a. a. O. §. 807.

B.) Von der gegen abwesende Verbrecher üblichen Verfahrungsart.

§. 270.

Verfahrungsart gegen abwesende Verbrecher.

Von den Mitteln, entwichener muthmaßlicher Verbrecher wieder habhaft zu werden, ist bereits oben das nöthige angeführet worden; hier ist daher nur von der

gegen entflohene Verbrecher üblichen Verfahrungsart selbst die Rede. — I. Ist das peinliche Verfahren so weit gediehen, daß nichts als die Fällung des Verdammungsurthels mehr übrig ist, oder ist dieses wohl gar schon ergangen; so werden diejenigen Strafen, deren Vollziehung auch gegen einen Abwesenden möglich ist, wirklich vollstrecket; diejenigen hingegen, die sich gegen einen Abwesenden nicht vollstrecken lassen, zuweilen im Bildnisse vollzogen. Ist aber das peinliche Verfahren entweder noch gar nicht angefangen, oder doch noch nicht so weit gebracht, daß die Sache zum Urthel reif ist; so kann zwar bei geringen Vergehungen, deren Strafe auch gegen einen Abwesenden sich vollstrecken lässet, gegen die Ungehorsamen verfahren, und, nach Umständen, auf das vermuthete Geständniß die Zuerkennung der verwirkten Strafe gebauet werden; allein so bald von schweren peinlichen Fällen, auf welchen eine Lebens- oder Leibesstrafe stehet, die Rede ist, ruhet nach gemeinen Rechten, das Verbrechen des Hochverraths allein ausgenommen, nachdem alles, was zu der Generalinquisition gehöret, vollendet ist, das weitere Verfahren so lange, bis der Angeschuldigte zur Hand gebracht wird (a) — II. Nur an einigen wenigen Orten ist noch heute bei eigentlichen Kapitalverbrechen, wenn der entflohene Angeschuldigte mit genugsamem Verdacht beladen ist, der so genannte Bann- oder Achtsprozeß üblich. 1) Der öffentliche, oder privat Ankläger nämlich übergibt seine Anklage, bittet um die Anstellung eines nothpeinlichen Halsgerichts, und die Erlassung einer Ladung. 2) Ist nun das begangene Verbrechen ein übernachtetes, das heißt, sind von der Zeit seiner Begehung an, oder von der Zeit an, da der Verwundete gestor-

ben

ben ist, vier und zwanzig Stunden bereits verstrichen; so wird in dreier Herrn Landen eine öffentliche Ladung angeschlagen, und das erstemal dahin gerichtet, daß der Geladene in dem anberaumten Termine erscheinen, die Anklage anhören und darauf antworten; das zweite mal dahin, daß er rechtmäßige Entschuldigungsursachen seines Aussenbleibens, bei Vermeidung der Acht anführen solle, und darauf erfolget dann, wenn auch dieser Termin wieder fruchtlos verstreichet, die wirkliche Verdammung in die Acht, oder Unteracht. Zu Anhörung dieses Urthels wird der Angeklagte öffentlich vorgeladen, dieses auch, nachdem es in dem anberaumten Termine eröffnet worden, an einem öffentlichen Orte ein Jahr lang angeschlagen. Die Wirkung hiervon ist, daß der Angeklagte für bekannt und überwiesen geachtet wird, in dem Gerichtsbezirk des Richters, der die Acht erkannt hat, mit Sicherheit sich nicht mehr aufhalten kann, sondern von einem jeden ergriffen, und dem Richter übergeben werden darf. Nach Ablauf jener Jahresfrist wird der Geächtete abermals vorgeladen, seine Ehehaften vorzubringen, und sodann, wenn dieß fruchtlos ist, in die Oberacht, oder Aberacht verdammt. Dieß hat die Folge, daß der Geächtete nunmehro für ehrlos gehalten wird, alle Bürgerrechte verlieret, in dem ganzen Lande, wo der Richter ist, der die Acht erkannt hat, sich mit Sicherheit nicht mehr aufhalten kann, und daß darneben sein ganzes Vermögen, das Heurathgut der Frau und den Pflichttheil der Kinder ausgenommen, dem Fiskus unwiderruflich zufällt. 3) Ist hingegen das begangene Verbrechen kein übernachtetes, das heißt, sind von der Zeit seiner Begehung an, oder von der Zeit an, da der Verwundete gestorben ist, noch nicht vier und zwan

zig

zig Stunden verstrichen; so ergehet, nach vorgängiger Anklage, und gehegtem nothpeinlichem Halsgerichte, sogleich die Ladung, die entweder den in dem Hause des Entflohenen befindlichen Personen, oder seinen nächsten Verwandten eingehändiget, oder an einem öffentlichen Orte angeschlagen wird, und dem Geladenen aufgiebt, daß er an dem nämlichen, oder doch dem folgenden Tage erscheinen solle. Erscheinet er nicht; so wird er zu Beibringung hinreichender Entschuldigungsursachen wegen des Aussenbleibens, unter Bedrohung der Acht, vorgeladen, und wenn er auch nun noch nicht erscheinet, auf die eben beschriebene Weise, in die Acht und sofort in die Aberacht erkläret. 4) In jedem Falle aber darf, wenn der Verbannte nach erfolgter Achtserklärung in dem Gerichte sich stellet, keinesweges sogleich zur Bestrafung geschritten, sondern es muß derselbe vorher mit seiner Vertheidigung gehöret, und allenfalls mittelst der Tortur zum Bekenntnisse der Wahrtheit gebracht werden (b).

a) P. G. O. Art. 206. Koch Institut. jur. criminal. §. 961. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. III. §. 22-26. Boehmer ad C. C. C. Art. 155. §. 2. Kreſs ad C. C. C. Art. 155. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. §. 844.

b) Die peinliche Gerichtsordnung spricht von dem Bannprozesse nicht. Nur in dem Art. 155. geschiehet der Mordacht Erwähnung. Die Bambergische Halsgerichtsordnnng hingegen handelt von dem Achtsprozesse Art. 228-265. weitläufig. Ueberhaupt gehören hierher: Koch l. c. §. 964-971. Puistorp a. a. O. §. 845-848. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 3-8. Knorr, Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 9. §. 12-18. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl.

Thl. II. §. 1945 = 1956. Ludovici a. a. O. §. 26 = 47. Wolfg. Ad. Schoepff Diss. de processu in contumaciam in caussis criminalibus. Tübing. 1733. Stehet auch verbessert und vermehrt in Desselben Tr. de processu unilaterali. Tübing. 1748 Sect. II. p. 94. seq. Ge. Keyser Prax. crim. P. II. Anweisung zum Achtsprozeß Altenburg 1710. Bened. Carpzov Peinlicher Inquisitions = und Achtsprozeß. Leipz. 1733. Estors Gründl. Unterricht von geschikter Abfassung der Urtheile Kap. XXXV. Ueberhaupt über das Contumacialverfahren s. Kleinschrod in dem Archive B. I. St. III. n. 19.

§. 271.

Kosten des peinlichen Prozesses.

I. Diejenigen Kosten, die zu der Vertheidigung und Verpflegung des Angeschuldigten aufgewendet werden, muß dieser in der Regel tragen (a). II. Aller der sicheren Aufbewahrung des Angeschuldigten, oder der Vollziehung der peinlichen Urthel wegen, es mag nun von der Marter, oder der Strafe selbst die Rede seyn, nothwendige Aufwand fällt, in der Regel, dem Gerichtsherrn, der ja auch die Benutzungen beziehet, welche die Gerichtsbarkeit abwirft, zur Last (b). III. Die eigentlich peinlichen Prozeßkosten, das heißt diejenigen, die der nöthigen Untersuchung halben verwendet werden, sie mögen nun gerichtliche, oder aussergerichtliche seyn (c), träget der Ankläger, der den Grund seiner Anklage durch gültige Beweise, oder Anzeigen zu rechtfertigen nicht vermocht hat (d). Kann dieser nicht zahlen; so muß der peinliche Richter solche übernehmen, und auf den Angeklagten fallen sie nur dann, wenn dieser entweder nach geführtem genugsamem Beweise verurtheilet, oder aber zwar freigesprochen worden

den ist, durch sein strafwürdiges Betragen, oder eigene Unvorsichtigkeit jedoch gegründeten Anlaß zu dem Verdacht gegeben hat. Ist auf ein Mittel die Wahrheit herauszubringen fruchtlos erkannt worden; so werden in der Regel zwischen dem Ankläger und Angeklagten die Kosten verglichen. IV. Hat der Richter ohne redliche Anzeigen, und ohne gegründeten Verdacht die Inquisition erhoben; so fallen ihm allein die Prozeßkosten zur Last (e). In dem entgegen gesezten Falle aber, wo nämlich die verhängte Untersuchung auf rechtlichen und genugsamen Anzeigen beruhet, kommt alles darauf an, ob der Angeschuldigte wirklich schuldig, oder unschuldig befunden wird. Ist jenes; so ist es ausser Zweifel, daß er, ohne auf die Beschaffenheit der ihm zuerkannten Strafe zu sehen, alle Untersuchungskosten allein tragen muß. Ist aber dieses; so hat man weiter noch darauf Rücksicht zu nehmen, ob derselbe durch eigenes Verschulden, oder durch ungebührliche, oder wenigstens verdächtige Handlungen die Inquisition veranlaßt hat, oder nicht. In dem ersten Falle hat er, ohne zu unterscheiden, ob er vor, oder nach der Specialinquisition, ob er nach einem überstandenen Mittel die Wahrheit herauszubringen, oder ohne dieses, ob er mit, oder ohne Bedingung freigesprochen worden, ob er das Ende der Untersuchung erlebt hat, oder ob er darüber hin gestorben ist, die gesammten Inquisitionskosten, ohne Ausnahme allein zu tragen. In dem zweiten Falle hingegen fallen sie dem Richter zur Last. V. Ein nach den bisher aufgestellten Grundsätzen in die Kosten verdammter Verbrecher ist auch diejenigen Untersuchungskosten zu bezahlen schuldig, die auf seinen Mitgehülfen verwendet worden, in so ferne dieser nichts, oder

nicht

nicht genug im Vermögen hat, und nicht etwa während der Untersuchung eine neue unerlaubte Handlung sich zu Schulden kommen lässet, die neue Kosten veranlaßt hat (f). VI. Bei einem entstandenen Zusammenlaufe der Gläubiger über das Vermögen des Angeschuldigten stehen zwar die Geldbußen allen andern Forderungen, ohne Unterschied, nach; allein die Prozeßkosten, wie auch diejenigen, welche auf die Verpflegung und Vertheidigung verwendet worden sind, werden allen Forderungen solcher Gläubiger, die blos persönliche und keine ältere dingliche Rechte haben, und überhaupt allen andern Schulden, die jünger und nicht besonders befreiet sind, vorgezogen (g). VII. Subsidiarisch fallen alle diejenigen Kosten, die der Ankläger, oder Angeschuldigte nicht aufzubringen vermögen, dem peinlichen Richter zur Last (h). VIII. Von den Gerichtspflichtigen ist der peinliche Richter den Ersaz der aufgewendeten kriminal Kosten nur dann zu verlangen berechtiget, wenn ausdrückliche Verträge, oder besonderes Herkommen ihm diese Befugniß zutheilen, und in keinem Falle leiden solche Verträge, oder ein solches Herkommen eine ausdehnende Erklärung (i).

a) P. G. O. Art. 61. 153. 206. Die zur Verpflegung des Inkulpaten nöthigen Kosten heißen gewöhnlich die Azungskosten — Unter den Vertheidigungskosten werden hier blos diejenigen verstanden, die es im eigentlichen Sinne sind, nicht also diejenigen, welche die angestellte Besichtigung, die Einholung der Urthel und die Leistung des Reinigungseides erfordert haben.

b) P. G. O. Art. 61. 204. 215. 216. Kress und Boehmer ad C. C. C. Art. 204. Dieß gilt jedoch nur von solchen Kosten, die nicht lediglich des gegenwärtigen Vorfalls halben verwendet werden müssen, sondern die auch auf künftige Fälle einen bleibenden Nu-

zen haben. Z. E. die Errichtung eines neuen Galgens, neuen Richtplatzes, neuen Gefängnisses, einer Marterkammer, die Anschaffung neuer Torturinstrumenten u. s. w. Diejenigen Kosten hingegen, die lediglich eines gegenwärtigen Prozesses halben verwendet werden, und für die Zukunft keinen Nutzen mehr stiften, werden mit den eigenllich peinlichen Prozeßkosten nach gleichen Grundsätzen beurtheilet.

c) Unter den gerichtlichen verstehet man diejenigen, die den Gerichtsgliedern und Advokaten, unter den aussergerichtlichen aber diejenigen, die den Zeugen, Aerzten, Wundärzten u. s. w. bezahlet werden müssen.

d) In diesem Falle kann der Angeklagte auch den Ersaz derjenigen Kosten verlangen, die seiner Vertheidigung und Verpflegung wegen aufgewendet worden sind.

e) Ja unter solchen Umständen kann der Angeschuldigte sogar seine Azungs- und Vertheidigungskosten wieder fordern, und überdieß noch wegen der zugefügten Schmach auf Genugthuung klagen.

f) Z. E. der Mitgehülfe erschweret durch hartnäckiges Läugnen die Untersuchung; er giebt mittelst erdichteter Vorstellungen zu einer weitschweifigen Korrespondenz mit weit entfernten Obrigkeiten Gelegenheit; er verlängert durch allerlei Verdrehungen, zweideutige Ausdrücke und Widerrufungen die Untersuchung u. s. w. Gmelin und Elsäßer Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Band IV. Abhandl. 5. S. 67. Der gegentheiligen Meinung sind: Wernher Tom. II. P. 8. Obs. 456. Tom. II. P. 4. Obs. 54. Hommel Rhapsod. Obs. 451.

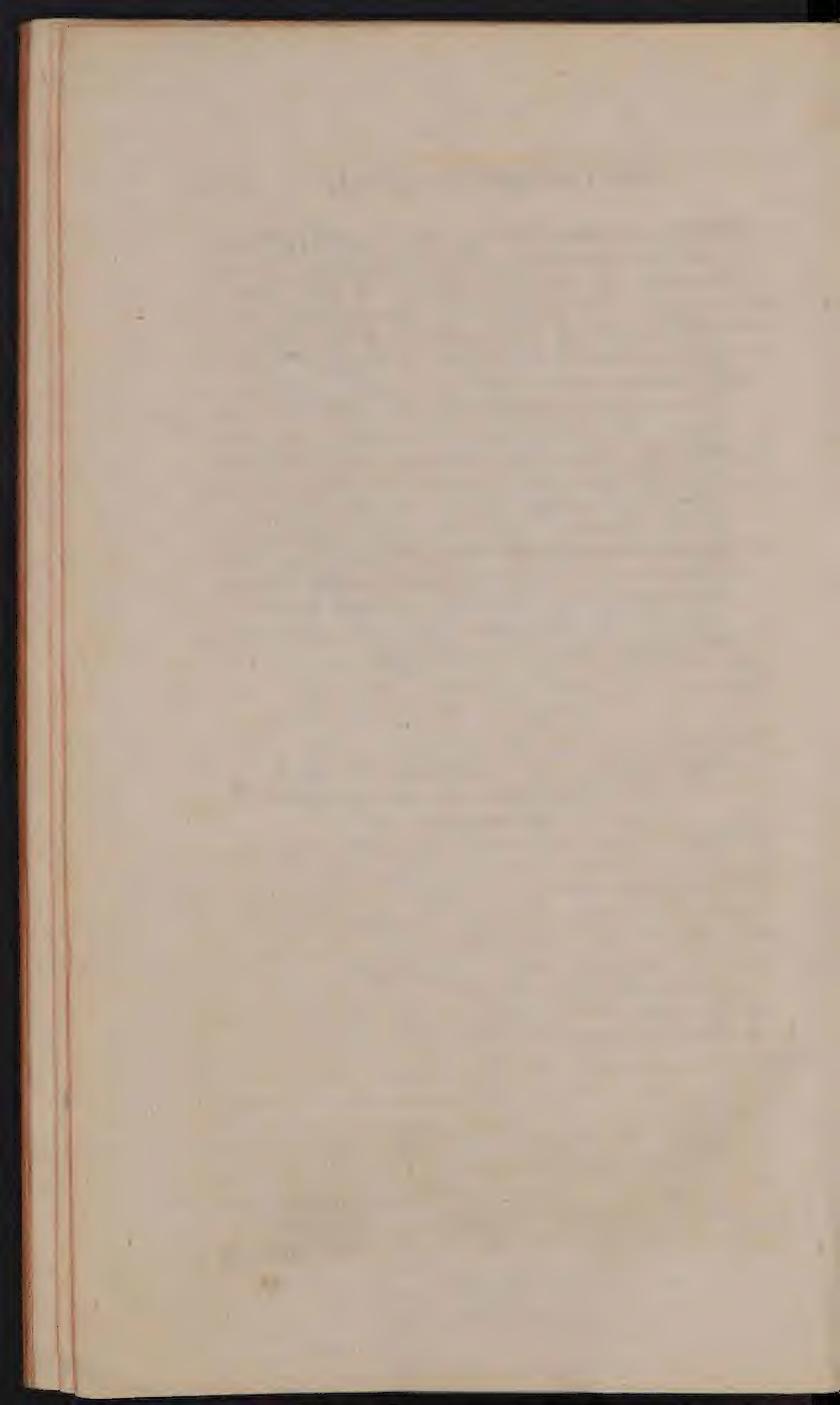
g) L. 17. 37. 46. §. 3. D. de jure fisci. L. 2. C. in quib. caus. pign. L. un. C. pœn. fiscal. creditor. præfer. P. G. O. Art. 157.

h) P. G. O. Art. 47. 61. 154. 176. 219.

i) Ueberhaupt gehören hierher: Just. Henr. Boehmer Diss. de expensis criminalibus. Hal. 1716. (in Exercitat. ad D. Tom. V.) Jo. Christ. Eschenbach Progr. de expensis criminalibus stricte sic dictis. Rostoch. 1781. Koch Institut.

tut. jur. criminal. §. 989. seq. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl Rechts. §. 812 = 822. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. B. III. Hauptst. 10. §. 62. Schaumburg Princip. prax. jurid. judiciar. Lib. II. Cap. 9. §. 28. Renneri Meditationes ad h. l. p. 214. Hofmann Teutsche Reichspraxis. Thl. II. §. 1979. 1980. Ludovici Einleitung zum peinlichen Prozeß. Kap. XII. Ge. Steph. Wiesandius Observatio juris criminalis III. num reus criminis, ob præscriptionem absolutus, in expensas processus damnari queat? Vitemberg. 1790. Jac. Fried. Georg Emmerich Ueber die Prozeßkosten, deren Erstattung und Kompensation. Thl. II. Göttingen 1792. Neue Aufl. Gött. 1802. J. Tob. Carrach Von der Schuldigkeit, die Kosten einer Inquisition zu tragen. Halle 1774. (in Plitts Repertorio Thl. I. S. 128 = 153.) Grolmann a. a. O. §. 545 = 548.

Register.



Register

für die summarischen Prozeße.

Die Ziffer bedeutet die Paragraphenzahl.

A.

Register.

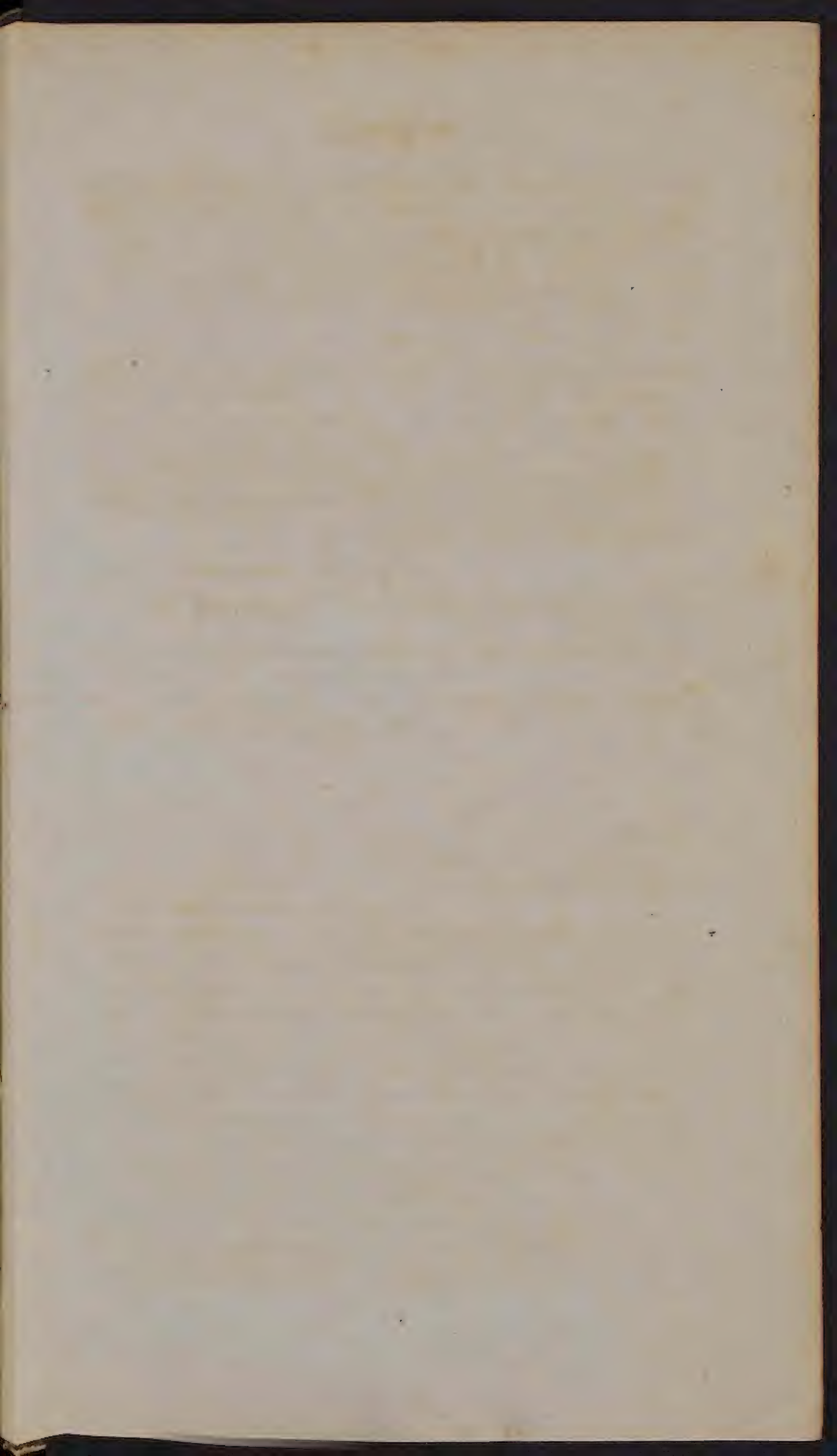
T.

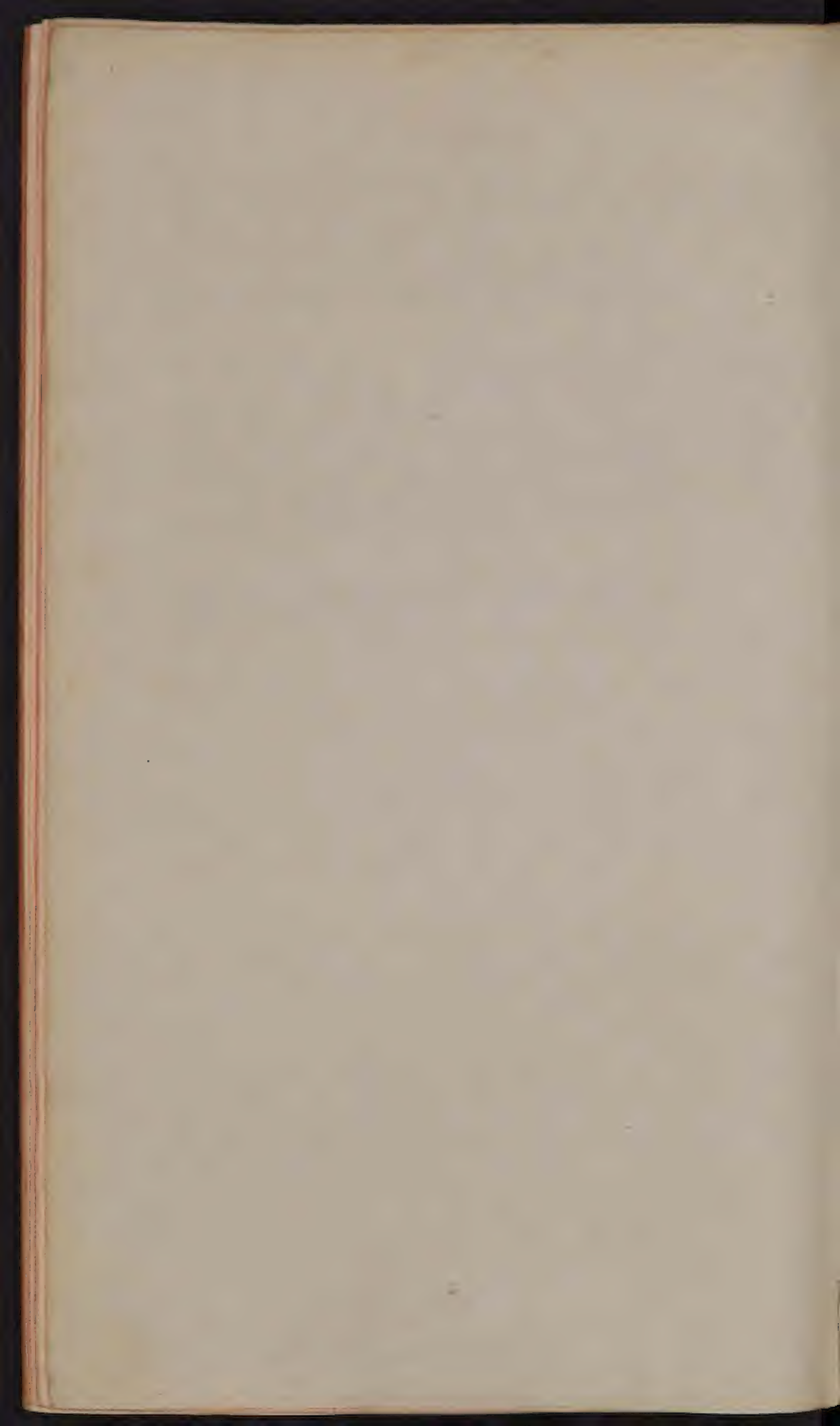
U.

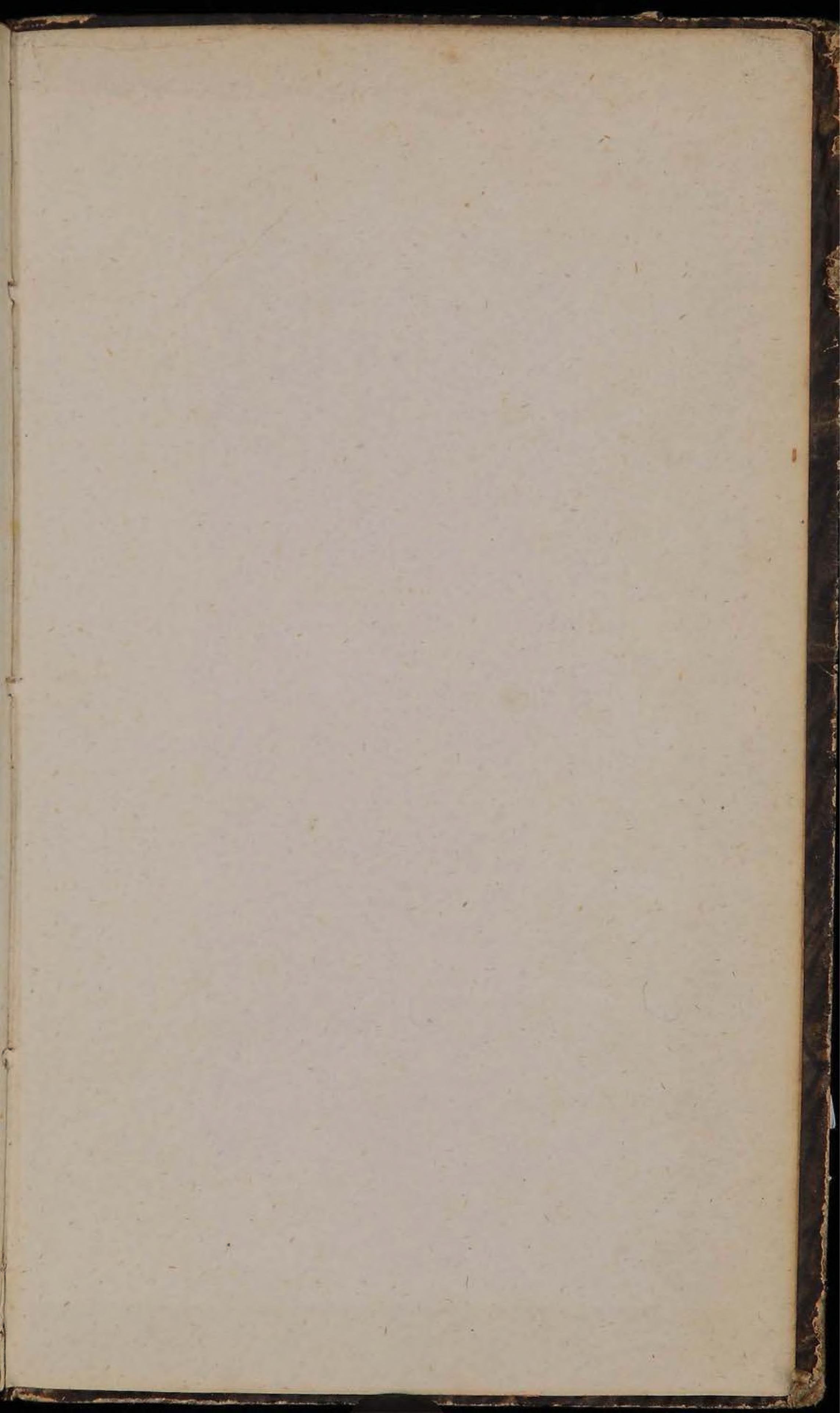
V.

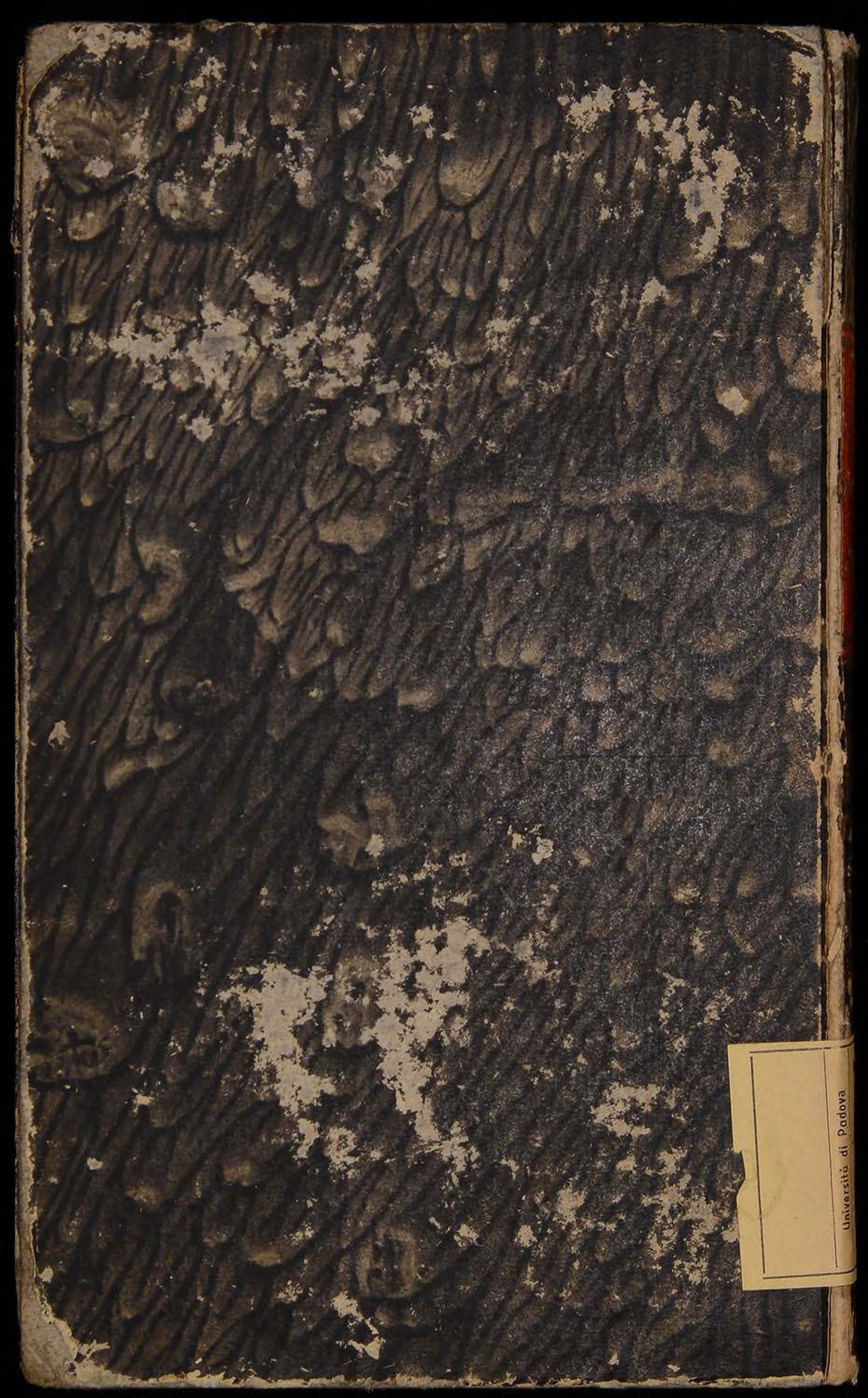
Versie-

Register.



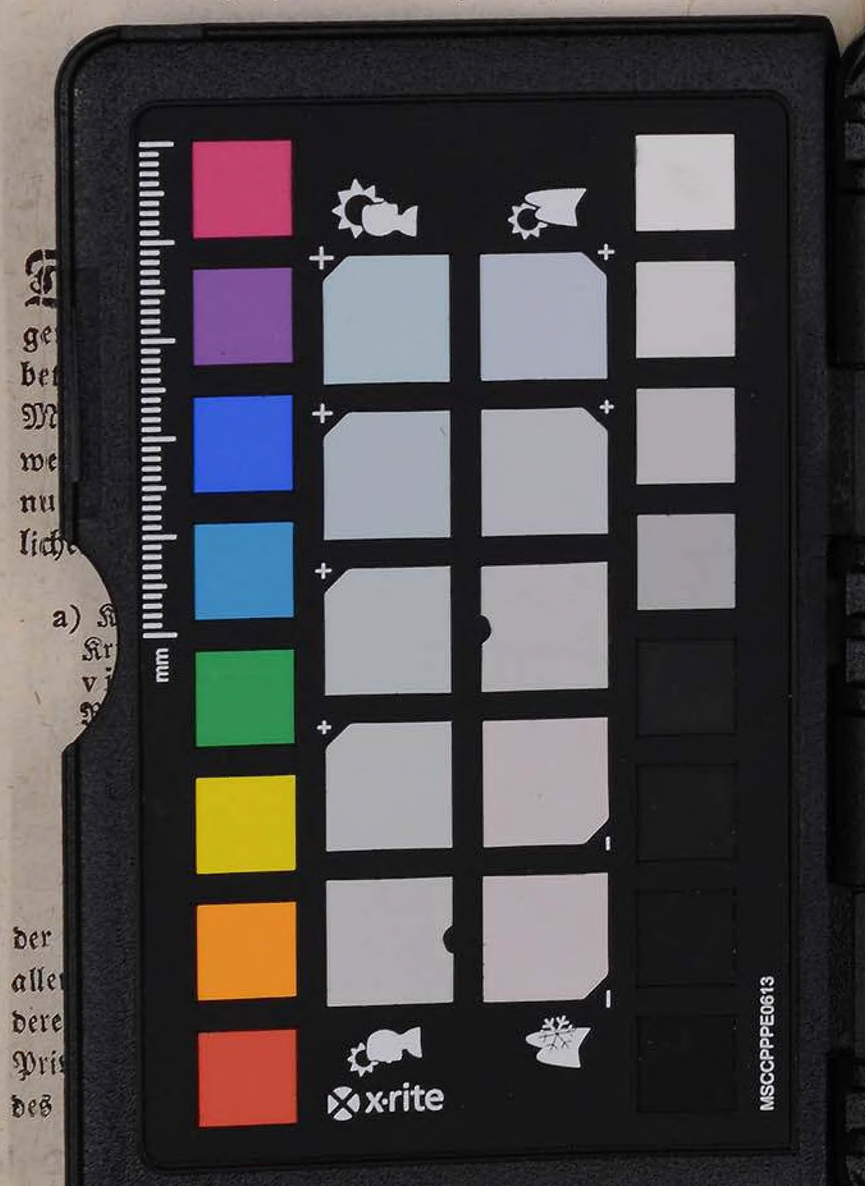





Università di Padova


Danz's
Summarische
Prozesse
13.
Proc. Civ.
Università di Padova

Dreizehentes Hauptstück.



Reichstruppen die Rede ist, die einschlagenden Reichsgesetze, wie auch Kreisschlüsse und andere gültige Verordnungen der Art zu befolgen (b): III. in Ermangelung solcher besonderen Entscheidungsquellen aber endlich nach den besonderen Orts-Landesgesetzen, Statuten und Gewohnheiten, wie auch den allgemeinen Reichsrechten zu sprechen (c).

